Heft 37 [2313] 67. Jahrgang 10. September 1938

Juristische Wochenschrift

Organ der Reichsgruppe Rechtsanwälte des NS. Rechtswahrer-Bundes
Herausgegeben von dem Reichsgruppenwalter, Rechtsanwalt Dr. H. Droege

Die gebührenrechtlichen Auswirkungen der verfahrensrechtlichen Änderungen in Ehesachen (Verordnung vom 27. Juli 1938)

Von Kammergerichtsrat Dr. Gaedeke, Berlin

Die VO. v. 27. Juli 1938 zur Durchführung und Ergänzung des Gesetzes zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung v. 6. Juli 1938 sieht verfahrensrechtliche Änderungen vor, die auch gebührenrechtlich nicht ohne Einfluß sind und mindestens Zweifelsfragen Raum geben.

Hier ist vor allem die Neuregelung des § 627 ZPO. und die Ergänzungsregelung in § 627b ZPO. zu nennen. Bisher war jede Anordnung aus § 627 ZPO. — ob Unterhaltsregelung, ob Getrenntleben, ob Prozeßkostenvorschuß — verfahrensrechtlich als einstweilige Verfügung, d. h. als besonderes, neben dem Ehehauptprozeß herlaufendes, verfahrens- wie gebührenrechtlich selbständiges Verfahren zu werten. Die Folgen davon waren in mancher Beziehung unerfreulich. Ganz abgesehen von der größeren Schwerfälligkeit und Umständlichkeit eines solchen besonderen Verfahrens brachte es für die Parteien auch eine erhöhte Kostenbelastung mit sich. Demgemäß waren die Parteien genötigt, wenn sie arm waren und den Ehestreit, wie überwiegend, im Armenrecht führten, zur Vermeidung solcher Kostenbelastung auch für das Verfahren aus § 627 ZPO. das Armenrecht nachzusuchen. Da dies nicht selten übersehen wurde, oder auch das nur für den Hauptprozeß bewilligte Armenrecht fälschlich ohne weiteres auch für das einstweilige Verfügungsverfahren aus § 627 ZPO. in Anspruch genommen wurde, ergaben sich vielfach unliebsame Folgen für die Parteien wie auch die Anwälte, die glaubten, insoweit ebenfalls als Armenanwälte tätig geworden zu sein. Man denke ferner an die Streitwertschwierigkeiten, wenn mehrere Anordnungen vermögens- und nichtvermögensrechtlicher Art nebeneinander getroffen wurden.

Die Neufassung des § 627 ZPO. — in Wahrheit eine einschneidende verfahrensrechtliche Änderung — hat hier weitgehend Wandel geschaffen. Anordnungen aus § 627 ZPO. sind nunmehr keine einstweiligen Verfügungsverfahren und damit keine besonderen selbständigen Verfahren mehr. Sie bilden vielmehr einen — unselbständigen — Teil, „ein besonderes in den Hauptprozeß eingebautes Beschlußverfahren eigener Art" (Fechner: JW. 1938, 2111), nur eine Art Nebenverfahren und damit einen Bestandteil des eigentlichen Ehepozesses selbst. Die Entscheidung, die durch Beschluß zu ergehen hat und nur mit der einfachen Beschwerde anfechtbar ist, obliegt grundsätzlich dem Landgericht als Prozeßgericht, nur während Schwebens der Berufung dem Oberlandesgericht.

So entsteht von selbst die Frage, wie denn nun in kostenrechtlicher Hinsicht, und zwar sowohl hinsichtlich der Gerichts- wie auch der Anwaltsgebühren, die Behandlung sich gestaltet.

Fechner beschäftigt sich a. a. O. bereits mit der Frage der Kosten des Verfahrens nach § 627 ZPO. mit dem Ergebnis, daß er die Bestimmungen des GKG. über einstweilige Verfügungen nicht für anwendbar hält, im übrigen erklärt, es müsse abgewartet werden, ob insoweit noch besondere Bestimmungen ergehen. Über die anwaltsgebührenrechtliche Seite äußert Fechner sich überhaupt nicht.

Mangels einer gesetzlichen Sonderregelung bisher erscheint es daher zweckmäßig, sich darüber klar zu werden, ob denn, gegebenenfalls wie weit und in welchem Sinne, eine solche in der Tat erforderlich ist oder ob nicht bereits die geltenden Gebührenvorschriften zur Erfassung auch der jetzigen neuen verfahrensrechtlichen Regelung ausreichen.

Gerichtskosten

Für die Frage der Berechnung von Gerichtsgebühren ist von dem Grundsatz des GKG. auszugehen, daß Gerichtsgebühren nur erhoben werden, wenn und soweit das GKG. einen Gebührentatbestand aufstellt. Etwa sich ergebende Lücken sind folglich nicht durch entsprechende Heranziehung rechtsähnlicher Tatbestände, d. h. in Wahrheit durch Schaffung neuer Gebührentatbestände, auszufüllen. Vielmehr müssen sie unausgefüllt bleiben, und zwar allein schon aus der Erwägung heraus, daß vielleicht das GKG. absichtlich diesen — neuen — Tatbestand mit einer Gebühr nicht hat belegen wollen.

Diese Erwägung ist gerade für den Fall der jetzigen §§ 627, 627b wichtig. Denn das GKG. kennt keinen Gebührentatbestand, welcher allgemein „vorläufige Anordnungen", wie sie nunmehr das neue Recht geschaffen hat, umfaßt. Eine gewisse Rechtsähnlichkeit besteht allenfalls mit einstweiligen Anordnungen betr. die Einstellung der Zwangsvollstreckung (§ 34 Ziff. 1 GKG.: „Verfahren über Anträge auf vorläufige Einstellung, Beschränkung oder Aufhebung einer Zwangsvollstreckung gemäß §§ 707, 719, 769, 771 Abs. 3, 785, 786, 805 Abs. 4, 810 Abs. 2 ZPO."; vgl. auch Fechner: JW. 1938, 2113). Denn auch diese sind verfahrensrechtlich unselbständige Bestandteile des Hauptverfahrens, eingegliedert in die Instanz, gleichwohl durch nebenher ergehende Entscheidung zu erledigen. Ist also vom Gesetzgeber beabsichtigt, diese Anträge aus §§ 627, 627b ZPO. mit einer Gerichtsgebühr zu belegen, würde es wohl am nächsten liegen, § 34 Ziff. 1 GKG. durch Einfügung auch der §§ 627, 627b zu erweitern. Ohne solche ausdrückliche gesetzliche Erweiterung kann dagegen die Anwendung des § 34 Ziff. 1 GKG. nicht als zulässig erscheinen. (Wegen § 627b ZPO. vgl. aber noch den nachfolgenden besonderen Abschnitt.)

Ebenso ist Fechner a. a. O. darin beizutreten, daß es nicht angängig ist, etwa ohne weiteres die Vorschriften des GKG. über einstweilige Verfügungen (§ 32 GKG.) anzuwenden. Solch Vorgehen verbietet sich gegenüber der ausdrücklichen verfahrensrechtlichen Änderung, welche mit Bedacht dem § 627 ZPO. die Rechtsnatur eines einstweiligen

Verfügungsverfahrens genommen hat. Hier könnte also nicht einmal mehr Rechtsähnlichkeit — die nicht mehr besteht — zur Rechtfertigung herangezogen werden.

Einfacher ist die gebührenrechtliche Beurteilung der Beschwerden gegen die Entscheidung über Anträge gemäß § 627 ZPO. Denn die Beschwerde eröffnet ein selbständiges Verfahren, eine neue Instanz, ohne Rücksicht darauf, ob und inwieweit das zu der Entscheidung führende erstinstanzliche Verfahren verfahrensrechtliche Selbständigkeit besaß. Hier greift also § 38 GKG. ein, der für alle Beschwerden gilt, soweit nicht in § 38 selbst gewisse Ausnahmen vorgesehen sind. Bekanntlich ist die Gebührenpflicht aus § 38 auch nicht etwa davon abhängig, ob etwa das erstinstanzliche Verfahren (so z. B. beim Armenrecht) gebührenfrei war.

Gerichtliche Auslagen, die etwa in dem Verfahren nach § 627 ZPO. entstanden sind, sind naturgemäß nach Maßgabe der §§ 77, 79, 80, 84, 86, 75, 76 GKG. als Auslagen des Eheprozesses selbst, innerhalb dessen § 627 ZPO. zur Anwendung gelangt ist, anzusehen und gemäß §§ 71, 72 GKG. zu erheben.

Anwaltskosten

Unter anderen Gesichtspunkten ist die anwaltsgebührenrechtliche Behandlung zu beurteilen. Denn bezüglich der Rechtsanwaltsgebühren ist von dem gegenteiligen Grundsatz auszugehen. Das Anwaltsgebührenrecht ist von dem Grundsatz beherrscht, daß jede Tätigkeit des Anwalts durch eine Gebühr entlohnt wird, es sei denn, daß ausdrücklich das Gegenteil bestimmt oder die Mitabgeltung durch eine andere Gebühr vorgesehen ist. Dieses Prinzip hat in § 89 RAGebO. seine ausdrückliche Verankerung gefunden, indem dieser eine entsprechende Anwendung der Bestimmungen der RAGebO. vorsieht, falls für das dem Anwalt übertragene Geschäft der Betrag der Gebühr nicht vorgesehen ist.

Ebensowenig wie das GKG. enthält aber auch die RAGebO. einen Gebührentatbestand, der „vorläufige Anordnungen" allgemein umfaßt. Eine unmittelbar anwendbare Gebührenvorschrift fehlt also. Andererseits bedingen die Verfahren über Anträge aus § 627 ZPO. eine besondere Tätigkeit des Anwalts, die folglich auch durch eine besondere Gebühr abzugelten ist. Die dem § 34 Ziff. 1 GKG. entsprechende Gebührenvorschrift der RAGebO. findet sich in § 23 Ziff. 2 ($^3/_{10}$-Gebühr). Ein Tatbestand, der noch besser passen würde, findet sich nicht. § 28 RAGebO. (Arrest, einstweilige Verfügung) ist aus den schon erörterten Gründen für § 627 ZPO. naturgemäß auch nicht entsprechend anwendbar.

Zieht man § 23 Ziff. 2 RAGebO. heran, so ist damit zwangsläufig aber auch § 29 RAGebO. mit zu berücksichtigen. Danach umfassen die in § 13 RAGebO. genannten Gebühren die gesamte Tätigkeit des Rechtsanwalts von dem Auftrag bis zur Beendigung der Instanz, und zu dieser Instanz gehören insbesondere auch (§ 29 Ziff. 4) Verfahren der in § 23 Ziff. 2 genannten Art, soweit sie nicht von dem Verfahren in der Hauptsache getrennt sind (§ 30 Ziff. 2 RAGebO.). Das Verbundenbleiben dürfte mindestens die Regel sein. Eine Ausnahme liegt nur dann vor, wenn gemäß § 627 Abs. 2 ZPO. bereits nach Einreichung der Klage oder Bestimmung des Termins zum Sühneversuch eine Anordnung aus § 627 Abs. 1 beantragt wird, im weiteren Verlauf es aber zur Zustellung und damit zur Erhebung der Klage nicht kommt. Für diesen Fall würde allerdings § 30 Ziff. 2 zur Anwendung gelangen, wonach neben den sonstigen Gebühren die $^3/_{10}$-Gebühr zu erheben ist, wenn das besondere Verfahren vom Verfahren in der Hauptsache getrennt ist.

Daraus ergibt sich, daß der Antrag wie auch das gesamte Verfahren betreffend § 627 ZPO. regelmäßig von der Prozeßgebühr des § 13 Ziff. 1 RAGebO. mit umfaßt wird außer in denjenigen Fällen, in denen es zur Erhebung der Klage nicht kommt.

Kommt es etwa, was zulässig ist, zur mündlichen Verhandlung oder gar Beweiserhebung, so erwachsen naturgemäß gemäß § 23 Ziff. 2 RAGebO. auch die Verhandlungs- und Beweisgebühr des § 12 Ziff. 2 und 4 zu $^3/_{10}$ der vollen Gebühr. Auch sie werden allerdings unter oben genannten Voraussetzungen durch die gleichartigen Hauptgebühren im Eheprozeß selbst abgegolten. Ein Vergleich über die beantragte Anordnung aus § 627 ZPO. läßt die Vergleichsgebühr des § 13 Ziff. 3 RAGebO. in Höhe von $^3/_{10}$ erwachsen, die wiederum durch die Vergleichsgebühr für die Hauptsache abgegolten wird, sofern man eine solche gerade in Ehesachen überhaupt anerkennt.

So wirkt sich anwaltsgebührenrechtlich trotz der Mehrtätigkeit des Anwalts die Beurteilung de lege lata dahin aus, daß diese Mehrtätigkeit in der Regel in einer Mehrvergütung ihren Ausdruck nicht findet.

Wird der Anwalt im Beschwerdeverfahren aus § 627 ZPO. tätig, so greift ohne weiteres die Regelung des § 41 RAGebO. ein, welche sich, ebenso wie § 38 GKG., auf Beschwerden aller Art bezieht und für alle Normalgebühren („3 Zehnteile der §§ 13—17 RAGebO.") je nach der Entwicklung, die das Beschwerdeverfahren nimmt, Raum läßt.

Hier ist aber auf zwei Besonderheiten hinzuweisen: § 627 Abs. 4 Satz 2 ZPO. läßt in Abweichung vom bisherigen Verfahrensrecht zur Entscheidung über die Frage, ob das Landgericht abhelfen will, mündliche Verhandlung zu. Diese Verhandlung findet aber bereits im Beschwerdeverfahren statt. Denn schon mit der Anfertigung der Beschwerdeschrift erwächst für den Anwalt die Gebühr aus § 41 RAGebO., die nicht dadurch wegfällt, daß der Richter der Instanz der Beschwerde abhilft (vgl. grundsätzl. Entscheidung des KG. vom 1. Okt. 1929 bei Gaedeke, KostRspr. 1938 Nr. 356). Der Anwalt ist also ohne Rücksicht darauf, ob und in welchem Umfange seiner Beschwerde abgeholfen wird, bereits in der Beschwerdeinstanz tätig (Entsch. des KG. v. 14. Sept. 1935: JW. 1935, 3315). Das ist insofern von erheblicher Bedeutung, als die durch die mündliche Verhandlung über Abhilfe für den Anwalt erwachsende Beschwerdeverhandlungsgebühr ($^3/_{10}$ des § 13 Ziff. 2 RAGebO.) nicht mehr in der ersten Instanz, sondern in der neuen selbständigen Beschwerdeinstanz anfällt und folglich von der erstinstanzlichen Verhandlungsgebühr keinesfalls mitumfaßt wird. Selbst wenn also das Landgericht der Beschwerde bereits abhilft, das Beschwerdegericht demnach mit der Sache gar nicht befaßt wird, erwachsen trotzdem für den Anwalt außer der etwa angefallenen $^{10}/_{10}$ erstinstanzlichen Verhandlungsgebühr noch weitere $^3/_{10}$ als Beschwerdeverhandlungsgebühr.

Ferner: Prozessual wie demgemäß gebührenrechtlich unklar ist die Rechtslage, wenn während Schwebens des Rechtsstreits in der Revision der Antrag aus § 627 ZPO. bei dem — insoweit zuständig gebliebenen (§ 627 Abs. 4 S. 3) — Landgericht gestellt und vor diesem darüber, gegebenenfalls nach Verhandlung, entschieden wird. Die folgerichtige Betrachtung der Rechtsnatur des Verfahrens aus § 627 zeigt, daß es sich in diesem Falle auch nur um einen gleichsam detachierten Teil des erstinstanzlichen Prozesses handelt. Denn es ist nicht gut möglich, anzunehmen, daß ein begrifflicher (Neben-) Bestandteil der Revisionsinstanz vor dem Landgericht sich abwickeln soll.

Folglich sind nicht nur die erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten ohne weiteres an diesem Verfahren beteiligt und für dasselbe bevollmächtigt — wichtig insbesondere wegen der an sie vorzunehmenden Zustellungen (§ 176 ZPO.) —, sondern es ist auch ihre nunmehrige Tätigkeit gebührenrechtlich nicht anders als in den sonstigen Fällen des § 627 zu werten. Doch kann diese Beurteilung nicht dazu führen, daß in Anwendung des § 29 RAGebO. die erwachsenden Gebühren neben den — erstinstanzlichen — Hauptgebühren nicht zu berechnen sind. Solch Ergebnis wäre nicht nur unbefriedigend, sondern sogar ungerecht. Denn die Prozeßbevollmächtigten müssen über das erstinstanzliche Prozeßmaterial hinaus das gesamte Prozeßmaterial aller Instanzen, auf welches es für Anordnungen aus § 627 ja immer irgendwie ankommen kann, berücksichtigen. Sie entwickeln damit also in Wahrheit über den Rahmen der ersten Instanz hinaus eine Tätigkeit, die

demgemäß auch nicht durch die — einfachen — Gebühren dieser Instanz abgegolten sein kann.

Die befriedigende Lösung ist hier aber schon aus dem geltenden Gesetz selbst zu finden. Nicht § 29, sondern der Ausnahmefall des § 30 Ziff. 2 RAGebO. ist anzuwenden: Trennung des (Anordnungs-)Verfahrens von dem Verfahren der Hauptsache, welche Vorschrift ja den begrifflichen, inneren Zusammenhang voraussetzt und gerade die für die rein äußere Trennung bedingte Mehrarbeit im Auge hat.

Verfahren nach § 627b ZPO.

Gilt nun das, was für § 627 ZPO. ausgeführt ist, in gleicher Weise auch für § 627b ZPO.? Diese Frage kann schlechthin weder mit ja noch mit nein beantwortet werden. § 627b ZPO. sieht die einstweilige Regelung der Unterhaltspflicht zwischen den Ehegatten bei Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung der Ehe durch besonderen Beschluß zugleich mit dem Urteil vor. Die verfahrensrechtliche Regelung ist, wie der Hinweis auf § 627 Abs. 3 ZPO. ergibt, die gleiche wie in § 627. Trotzdem unterscheidet sich die Anordnung nach § 627b ZPO. in ihrer Rechtsnatur wesentlich von Anordnungen nach § 627. Sind letztere gleichsam nur ein Hilfsmittel für die reibungslose Durchführung des Rechtsstreits, so betrifft § 627b einen an sich selbständigen vermögensrechtlichen Anspruch unter den Parteien, welcher — und das dürfte das eigentümlichste Merkmal sein — erst aus dem Urteil selbst erwächst, weshalb auch der Beschluß erst mit Rechtskraft des Urteils vollstreckbar wird, auf Grund dessen er ergangen ist (§ 627b Abs. 2 ZPO.). Deshalb scheint mir die verfahrensrechtliche Beurteilung durch Fechner a. a. O., als ob auch diese Art Nebenverfahren gleichsam im Eheprozeß aufgehe, der gesetzlichen Konstruktion, so wie sie in den neuen Bestimmungen zu Ausdruck gekommen ist, kaum gerecht zu werden. Vielmehr dürfte trotz des äußerlichen Zusammenfallens des Antrags mit dem noch schwebenden Prozeß und trotz der zeitlichen Verbindung der ergehenden Entscheidung mit der Urteilsentscheidung doch begrifflich von Anfang an ein selbständiges, aus dem Prozeß herauserwachsendes und sich ihm anschließendes Verfahren vorliegen.

Es ist klar, daß die gebührenrechtliche Einstufung dieses Verfahrens, das in seiner Eigenart ein Vorbild nicht hat, besondere Schwierigkeiten bereitet.

Gerichtskostenrechtlich bedarf es hier unter allen Umständen einer positiven Regelung. Denn es ist kaum anzunehmen, daß das Gesetz diese über den Rahmen des Eheprozesses hinausgehende Regelung vermögensrechtlicher Beziehungen der Parteien auch für die Zeit nach dem Urteil — der Beschluß wird ja ohnehin erst mit der Rechtskraft, d. h. mit der endgültigen Erledigung des Prozesses vollstreckbar (§ 627b Abs. 2 ZPO.) — völlig kostenfrei oder doch durch die Gebühren des Prozesses selbst abgegolten sein lassen will.

Für das Aufhebungsverfahren (§ 627b Abs. 4 ZPO.) würde vielleicht eine dem § 32 Abs. 4 GKG. (Aufhebung eines Arrestes) entsprechende Regelung am Platze sein.

Für das Beschwerdeverfahren bezüglich der Aufhebung gilt ohne weiteres § 38 GKG.

Anwaltskostenrechtlich läßt sich wohl die entsprechende Anwendung des § 28 RAGebO. rechtfertigen. Dabei muß beachtet werden, daß dann die Stellung des Antrags bereits den Beginn des Verfahrens bedeutet und so, auch wenn er in mündlicher Verhandlung gestellt wird, eine volle Prozeßgebühr nach dem besonderen Streitwert des Unterhaltsanspruchs auslöst. Es können naturgemäß je nach der Entwicklung des Verfahrens auch alle übrigen Gebühren entstehen.

Erstattungsfähigkeit

Die Erstattungsfähigkeit der besonderen Kosten der Anordnungen aus §§ 627, 627b ZPO. — sofern man von solchen ausgeht — hängt naturgemäß zunächst von dem Erlaß einer Kostenentscheidung ab. Hier wird den Ausführungen von Fechner (JW. 1938, 2113) beigetreten werden müssen, daß die durch derartige Anordnungen erwachsenden Kosten zu den Kosten des Rechtsstreits im Sinne des § 91 ZPO. zählen. Demgemäß werden sie von der Kostenentscheidung des Urteils ohne weiteres mit umfaßt. Eines besonderen Ausspruches bedarf es also insoweit nicht. Nur wenn, worauf Fechner besonders hinweist, im Einzelfalle in Anwendung des § 96 ZPO. die Kosten einer ganz oder teilweise abgelehnten einstweiligen Anordnung dem im übrigen obsiegenden Teil auferlegt werden sollen, ist hierzu naturgemäß in Abweichung von § 91 ZPO. eine ausdrückliche Entscheidung des Prozeßgerichts notwendig.

Zweifelhaft dagegen erscheint mir die Auffassung von Fechner, daß die gleichen Erwägungen auch für § 627b Abs. 1 ZPO. gelten sollen. Insoweit führt die von mir vertretene Auffassung eines eigenen Verfahrens dazu, daß über die Kosten dieses Verfahrens gesondert entschieden werden muß. Anordnungs- und Aufhebungsverfahren bilden aber nach Analogie von § 28 Abs. 2 RAGebO. eine Instanz. Der praktische Vorteil dieser rechtlichen Konstruktion fällt insbesondere dann in die Augen, wenn sich ein Aufhebungsverfahren anschließt, welches, wie auch Fechner bejaht, in Anwendung des § 91 ZPO. über die Kosten zu entscheiden hat. Diese Kostenentscheidung kann aber nicht teilweise in die Urteilskostenentscheidung des Prozesses eingreifen, was notwendig wäre, wenn man den Antrag aus § 627b Abs. 1 für sich allein noch als unselbständigen Teil des Prozesses ansieht und nicht schon als antizipierten Teil des begrifflich erst nach Abschluß des Prozesses existent werdenden Beschlußverfahrens. Insoweit muß also schon neben der Urteilskostenentscheidung eine besondere Entscheidung ergehen.

Streitwert

Unzweifelhaft sind es besondere Ansprüche, die auf dem Wege über §§ 627, 627b ZPO. in den Prozeß eingeführt werden. Folglich bedarf es auch einer besonderen Streitwertfestsetzung jedenfalls dann, wenn man nicht schlechthin die diesbezüglichen Verfahren durch die sonstigen Gerichts- und Anwaltsgebühren abgegolten sein lassen will.

Für die Beschwerdeverfahren ist aber trotzdem stets eine Streitwertfestsetzung erforderlich, die je nach den gestellten Anträgen unter Anwendung der Vorschriften der §§ 10, 11 GKG. vorzunehmen ist.

Armenrecht

Was das Armenrecht anlangt, so ergibt sich aus der jetzigen Natur des Verfahrens aus § 627 ZPO. bereits, daß das für den Eheprozeß bewilligte Armenrecht ohne weiteres auch die Anträge aus § 627 ZPO., gleichviel welcher Art, mitumfaßt. Das ergibt sich aus der einfachen Erwägung, daß die Bewilligung des Armenrechts alle innerhalb der Instanz vorzunehmenden, dieser Instanz zuzurechnenden Prozeßhandlungen deckt, ohne Rücksicht darauf, ob in Anwaltsprozessen für sie Anwaltszwang herrscht, ohne Rücksicht darauf weiterhin, ob die einzelne Maßnahme von vornherein zweckmäßig oder gar aussichtslos erscheint. Für eine Sonderentscheidung des Gerichts über das Armenrecht für einen Antrag und ein Verfahren aus § 627 ZPO. ist somit kein Raum. Insbesondere liegt es nicht innerhalb der Befugnisse des Gerichts, vom Armenrecht etwa ausdrücklich Anträge aus § 627 ZPO. auszunehmen oder das einmal bewilligte Armenrecht durch Entziehung insoweit einzuschränken. Für solche Verfahren gibt das Gesetz keine Handhabe. Denn die Auswirkungen des Armenrechts sind gesetzlich umgrenzt und können nicht vom Gericht nach Belieben eingeschränkt werden, so z. B. nicht etwa in der Richtung, daß die Beweisaufnahme oder ein beabsichtigter Vergleich oder das Kosten-

festsetzungsverfahren vom Armenrecht nicht gedeckt werden. Solche Einschränkung würde die gesetzlichen Befugnisse des Gerichts übersteigen und wäre, wollte man ihr überhaupt Wirksamkeit zuerkennen, mit der Beschwerde als (teilweise) Versagung des Armenrechts (§ 127 ZPO.) zu bekämpfen.

Es kann also die Partei, welcher das Armenrecht bewilligt ist, unbeschadet der gebührenrechtlichen Beurteilung entweder persönlich vor der Geschäftsstelle den entsprechenden Antrag aus § 627 ZPO. zu Protokoll erklären (§ 627 Abs. 3 Satz 1) oder auch durch den ihr beigeordneten Armenanwalt den Antrag stellen. Dessen Vertretungsbefugnis erstreckt sich ohne weiteres auch auf die Stellung solcher Anträge. Dies muß auch für den oben erörterten Fall der Stellung des Antrags vor dem Landgericht, während der Rechtsstreit in der Revisionsinstanz schwebt, gelten. Der erstinstanzliche Armenanwalt wird durch seine Beiordnung ermächtigt, auch dieses Verfahren vor dem Landgericht zu führen und erhält die entsprechenden Gebühren aus der Reichskasse neben den Hauptgebühren, ohne daß es noch einer weiteren Entschließung des Gerichts über das Armenrecht bedarf.

Ob eine solche auch für Verfahren gemäß § 627 b ZPO. entbehrlich ist, kann allerdings zweifelhaft sein. Ich möchte es bejahen, und zwar sowohl für das Anordnungsverfahren als auch das etwaige damit eine Instanz bildende Aufhebungsverfahren. Die Verbundenheit mit dem Prozeß selbst ist doch immerhin so eng, daß für eine selbständige Prüfung der Erfolgsaussicht kein Raum ist, zumal das Gericht sich darüber ohnehin erst bei Urteilsfällung schlüssig machen kann.

Zusammenfassung

Zusammenfassend ist daher, falls und solange eine besondere gesetzliche Regelung der gebührenrechtlichen Fragen zu §§ 627, 627 b ZPO. nicht erfolgt, folgendes zu sagen:

Gerichtsgebühren können nur für die Beschwerdeverfahren erhoben werden (§ 38), bare Auslagen wie in jedem sonstigen Verfahren nach den allgemeinen Grundsätzen.

Anwaltsgebühren erwachsen im Falle des § 627 ZPO. in entsprechender Anwendung (§ 89 RAGebO.) der §§ 23 Ziff. 2, 30 Ziff. 2 RAGebO., bei § 627 b ZPO. in entsprechender Anwendung des § 28 RAGebO.

Es ist nicht zu verkennen, daß darin für die Anwälte eine nicht geringe Unbilligkeit liegen würde. Bisher sind Anträge der erörterten Art in besonderen Verfahren zu behandeln gewesen, für welche demgemäß besondere Gebühren erwachsen sind. Diese Gebühren entfallen allein dadurch, daß das Gesetz diese besonderen Verfahren organisch dem Eheprozeß einverleibt, so daß die daselbst entstehenden Gebühren auch diese Verfahren mitumfassen. An der Mehrarbeit und Mehrverantwortung des Anwalts hat sich aber trotz dieser verfahrensrechtlichen Änderung nichts geändert. Im Ergebnis erscheint es daher wenig befriedigend, wenn nun plötzlich diese Mehrarbeit durch die Prozeßgebühren mit abgegolten sein sollte. Soll dieses Ergebnis vermieden werden, so kann es nur durch ein ausdrückliches Eingreifen des Gesetzgebers geschehen, welches allein für § 627 b ZPO., da insoweit nach dem hier vertretenen Standpunkt eine Abgeltung nicht in Frage kommt, entbehrlich erscheint.

Kostenregelung bei Scheidung ohne Verschulden

Von Landgerichtsdirektor Dr. Krönig, Hamburg

I. Im Falle des § 55 EheG. v. 6. Juli 1938 (RGBl. 813) ist Scheidung auch ohne Verschulden möglich. Die Kostenfrage ist im Gesetz und in der DurchfVO. v. 27. Aug. 1938 (RGBl. 923) nicht ausdrücklich geregelt. Sie bietet keine formellen Schwierigkeiten, wenn die Klage abgewiesen oder ihr gegen den Antrag des Beklagten entsprochen wird. Denn im ersteren Fall ist der Kläger, im letzteren der Beklagte „unterlegen" im Sinne des § 91 ZPO.

Wie aber, wenn die Scheidung im Einverständnis des Beklagten erfolgt bzw. auch dieser ausdrücklich beantragt hatte, der Klage zu entsprechen? Wenn man auch in diesem Fall den Beklagten als „unterlegen" betrachtet, so hat er die Kosten zu tragen. Sieht man ihn nicht als „unterlegen" an, so bietet die Anwendung des § 92 (Kostenteilung) keine Schwierigkeit; denn wenn solche schon dann gilt, wenn jede Partei teils unterliegt, teils obsiegt, so muß das entsprechend erst recht dann gelten, wenn keiner unterliegt.

Ist nun aber der Beklagte, der mit der Scheidung einverstanden ist bzw. diese auch seinerseits wünscht, „unterlegen"? Dagegen spricht, daß derjenige Beklagte, der die Scheidung genau so will wie der Kläger, materiell ebensowenig unterliegt wie dieser. Wenn der Beklagte zur Klage keine Anträge stellt und auch seinerseits aus § 55 Widerklage erhebt und wenn dann auf Klage und Widerklage geschieden wird, so findet § 92 zweifellos Anwendung. Solche Widerklage kann aber dem Beklagten nicht verwehrt werden. Denn wenn der Tatbestand des § 55 vorliegt, hat der Beklagte nach dem klaren Gesetzeswortlaut genau soviel Recht auf Scheidung wie der Kläger und das Gesetz bietet keinen Anhalt dafür, daß sich das Klagrecht und die Kostenverteilung danach richten sollte, wer zuerst klagt. Das Provozieren eines Wettlaufs bei der Klagerhebung wäre auch unweise und ist vom Gesetze schwerlich gewollt. Dann aber kann es doch wohl keinen Unterschied machen, ob der Beklagte Widerklage auf Scheidung erhebt oder sich auf den Antrag beschränkt, daß das Gericht dem Scheidungsantrage des Klägers entsprechen möge. Daher sprechen die überwiegenden Gründe dafür, daß bei Scheidung aus § 55 die Kosten gemäß § 92 ZPO. zu verteilen sind, wenn der Beklagte gegen die Scheidung keinen Widerspruch erhebt.

Völlig zweifelsfrei mag das aber nicht sein und Regelung durch die DurchfVO. wäre daher erwünscht, um widersprechende Entscheidungen zu vermeiden. Erfolgt solche Regelung, so dürfte der Gesetzgeber zugleich zu erwägen haben, ob nicht im Falle einer ohne Schuldausspruch erfolgenden Scheidung aus § 55 die Kostenfrage in jedem Falle (ohne Rücksicht darauf, ob der Beklagte mit der Scheidung einverstanden ist), nach § 92 ZPO. zu regeln ist. Das dürfte gesetzgeberisch manches für sich haben, ist aber ohne dahingehende Bestimmung nicht möglich.

II. Bei einer ohne Schuldausspruch erfolgenden Scheidung aus §§ 50—53 des Gesetzes v. 6. Juli 1938 ist mangels gegenteiliger Gesetzesbestimmung klar, daß (entsprechend der bisherigen Praxis bei Scheidung aus § 1569 BGB.) der Beklagte als der Unterlegene die Kosten tragen muß. Völlig befriedigend erscheint dies Ergebnis freilich nicht. Regelung durch DurchfVO. wäre erwünscht und zwar entweder dahin, daß bei solcher Scheidung aus §§ 50—53 der Kläger die Kosten zu tragen hat (entsprechend seiner Unterhaltspflicht aus § 69 Abs. 2) oder dahin, das auch in diesen Fällen die Kosten nach § 92 ZPO. zu verteilen sind.

Solange aber solche gesetzliche Regelung nicht erfolgt ist, dürfte obiger Hinweis auf den bestehenden Gesetzeszustand bei Scheidung aus § 55 vielleicht nicht überflüssig sein.

Die Erwerbs- und Veräußerungskosten im Wertzuwachssteuerrecht

Ein Überblick über die Rechtslage

Von Kreisverwaltungsrat Dr. Hans Müthling, Hamburg-Altona

Beim Grundstücksverkauf werden zum Zwecke der Feststellung des steuerpflichtigen Wertzuwachses die Erwerbs- und Veräußerungskosten als zuwachsvermindernd angerechnet. In der Praxis herrschen viele Zweifel darüber, was anrechnungsfähig ist und was außer Betracht bleiben muß. Dadurch haftet vielen Verkaufs- und Erwerbskalkulationen eine erhebliche Unsicherheit an. Es erscheint geboten, durch eine zusammenfassende Darstellung die erforderliche Aufklärung zu geben.

I. Erwerbskosten

Dem Erwerbspreise werden nach § 8 Abs. 1 Ziff. 1 PrWZuwStMusterO. und nach den im Wortlaut gleichlautenden örtlichen Steuerordnungen die nachweislich aufgewandten Erwerbskosten einschließlich einer etwa bezahlten Vermittlungsgebühr in ortsüblicher Höhe angerechnet. An Stelle der nachweislich aufgewandten Erwerbskosten wird auf Antrag des Veräußerers ein Betrag von 6% des Erwerbspreises als Erwerbskosten angenommen. Zu den Erwerbskosten im allgemeinen gehören die Kosten des schuldrechtlichen und dinglichen Übergangs wie Grunderwerbsteuer, Notariatskosten, Gerichtskosten, Schreibgebühren, Stempelkosten, Vermessungskosten und ähnliche. Die Kosten müssen unmittelbar mit dem Rechtsvorgang des Erwerbs zusammenhängen. D. h., daß alle für eine Vorbereitung der Grundstücksübertragung dienenden Kosten wie z. B. Insertionskosten, allgemeine Geschäftsunkosten, Spesen usw. nicht anrechnungsfähig sind. Unberücksichtigt bleiben müssen diejenigen Erwerbskosten, die sich auf die miterworbenen steuerfreien Gegenstände (Inventar) beziehen.

a) Behandlung der Wertzuwachssteuer: Die vom Erwerber übernommene Wertzuwachssteuer wird bei der Weiterveräußerung nicht als Erwerbskostenbetrag angesetzt. Sie wird aber dadurch berücksichtigt, daß sie als Teil des Erwerbspreises mitgerechnet wird. Dieser Berechnungsgrundsatz ist für den Steuerpflichtigen günstig; denn sonst würde im Falle der Kostenpauschalierung (s. Ziff. e) die Wertzuwachssteuer häufig den größten Teil der Pauschale von 6% ausmachen. Die vom Erwerber als Steuerbürge getragene Wertzuwachssteuer ist nicht anrechnungsfähig, da sie weder als Preisbestandteil noch als Kostenbetrag gerechnet werden kann (PrOVG. 67, 8). Die Vorschrift einer Steuerordnung, daß bei vertraglicher Übernahme der Wertzuwachssteuer durch den Erwerber diese dem im Regelfalle für die Steuerberechnung maßgebenden Veräußerungspreise hinzuzurechnen sei, findet keine Anwendung, wenn an Stelle eines vereinbarten Preises der Einheitswert oder der gemeine Wert des Grundstücks als Veräußerungspreis in Ansatz zu bringen ist (PrOVG. 100, 118).

b) Berücksichtigung der Vermittlungsgebühr: Die Vermittlungsgebühr wird in ortsüblicher Höhe angerechnet. In der Regel wird es sich dabei um einen Satz von 2% (von jeder Seite) der Kaufsumme handeln. Die Steuerstellen stützen die ortsüblichen Sätze meistens auf Gutachten der Industrie- und Handelskammern oder auf Äußerungen der Fachgruppe Grundstücks- und Hypothekenmakler. Vereinbarungen über 2% werden dann als ortsüblich bezeichnet werden können, wenn sie nach Lage besonderer Umstände z. B. bei außergewöhnlichen Bemühungen und Leistungen des Maklers als angemessen zu erachten sind. Im Streitfalle empfiehlt sich hierbei die Einholung eines Sondergutachtens von den genannten Stellen. Die in der Maklergebühr etwa enthaltenen Abschätzungskosten (Taxen) sind nicht anrechnungsfähig. Sie gehören zur verkaufsvorbereitenden Tätigkeit. Ausscheiden müssen ferner solche Kosten, die für fehlgeschlagene Vermittlungsbemühungen aufgewendet sind. Als „Vermittlung" gilt nur der erfolgreiche Nachweis einer Vertragsgelegenheit zwischen den Interessenten (Amtl. Mitt. 1912, 174 und 1914, 1). Verbergen sich unter der Vermittlung noch andere Kosten — wie z. B. Reklamekosten und ähnliche der Vorbereitung der Grundstücksübertragung dienende Kosten —, die an sich als Erwerbskosten überhaupt nicht zu berücksichtigen sind, so ist nur der tatsächlich auf die Vermittlung entfallende Teil des Gesamtentgelts als Vermittlungsgebühr anzurechnen. Kommt der Steuerpflichtige der Aufforderung zur Zerlegung des Gesamtentgelts in diesem Sinne nicht nach, so ist der auf die Vermittlung entfallende Teil zu schätzen unter Zugrundelegung des Verhältnisses, in dem die Arbeit und die Kosten für die Vermittlung selbst zu der Arbeit und den Kosten der übrigen Handlungen stehen, die durch die Gesamtprovision mit abgegolten werden. Diese in Ziff. 30, 2 der AusfBest. zur Berliner StO. enthaltene Veranlagungsrichtlinie geht auf die in Amtl. Mitt. 1913, 8 abgedruckte Entscheidung des PrOVG. v. 21. Okt. 1912, VII C 30. 5. 12 zurück, wonach unter „Kosten der Veräußerung und Übertragung" (im Sinne des § 22 Ziff. 1 des alten RZuwStG.) die durch die Veräußerungs- und Übertragungshandlungen selbst erwachsenden Kosten zu verstehen sind und nach der weder die Kosten der Vorbereitung des Verkaufs noch solche Kosten angerechnet werden können, die ihren Grund in den der Veräußerung nachfolgenden Vorgängen haben. Zu den (nicht anrechnungsfähigen) allgemeinen Unkosten rechnen auch Aufwendungen für Verwaltung des Grundstücks und Kosten der Vertretung beim Kaufabschluß (PrOVG.: RVerwBl. 49, 834). Es muß sich tatsächlich um Vermittlungsgebühren handeln. Vergütungen für Verwaltung und Aufteilung des Grundbesitzes an Dritte, auch sog. Vermittlungsgebühren an Vorstandsmitglieder der Vertragsparteien scheiden aus (PrOVG. 64, 32 und 67, 22). Der Erhöhung des Erwerbspreises um den Betrag einer gezahlten Vermittlungsgebühr steht nicht entgegen, daß der Grundstückserwerb durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung erfolgt ist. Voraussetzung ist nur, daß die Gebühr für diesen Fall vereinbart war (PrOVG. 90, 192).

c) Parzellierungskosten: Auch für planmäßige Grundstücksaufteilungen (Parzellierungen) gilt grundsätzlich nur der ortsübliche Satz der Maklerprovision. In schwierigen Fällen wird entweder das unter Ziff. b erwähnte Sondergutachten zugrunde gelegt oder man einigt sich möglicherweise mit der Steuerstelle über die Höhe der Anrechnung. Die für die Aufteilung erforderlichen Vermessungskosten sind nur insoweit anrechnungsfähig, als sie für Leistungen entrichtet sind, die zur Vornahme der Auflassung und Grundbuchumschreibung einer bisher kataster- und grundbuchmäßig unselbständigen Grundfläche notwendig waren (PrOVG. 64, 68). Die Vergütung für die bei der Verwaltung und Aufteilung des veräußerten Grundstücks bewiesene Umsicht gehört zu den Kosten der Vorbereitung des Verkaufs und fällt daher nicht unter die Kosten der Veräußerung und Übertragung (PrOVG.: Amtl. Mitt. 1913, 105).

d) Sonstige Kosten: Zu den nicht zu berücksichtigenden mittelbaren Erwerbskosten rechnen, wie eingangs erwähnt, insbesondere Reklame-, Insertions-, Propaganda- und allgemeine Geschäftsunkosten. Geldbeschaffungskosten sind nicht anrechnungsfähig. Daraus ergibt sich der Grundsatz, daß zu den nicht anrechnungsfähigen Kosten der Vorbereitung des Verkaufs auch die Aufwendungen gehören, die dem Verkäufer eines Grundstücks bei Beseitigung der von dem Käufer nicht zu übernehmenden Hypotheken (§ 434 BGB.) erwachsen (PrOVG.: RVerwBl. 50, 107). Die nach dem früheren (bis UmsStG. 1934 geltenden) Umsatzsteuerrecht u. U. für gewerbliche Grundstücksumsätze erhobene Umsatzsteuer gehört nicht mit zu den anrechnungsfähigen

(unmittelbaren) Grunderwerbskosten (PrOVG.: RVerwBl. 53, 994). Auch die Erbschaftsteuer gehört nicht dazu (PrOVG. 90, 97). Prozeßkosten sind in der Regel nur dann anrechnungsfähig, „wenn nach Abschluß eines schuldrechtlichen Vertrages die Anstrengung eines Rechtsstreits oder die Einlassung auf einen solchen nötig ist, um die vertragsmäßige Eigentumsübertragung zu erzwingen, die aufgewendeten Kosten des Rechtsstreits also in unmittelbarem Zusammenhange mit den Erwerbsvorgängen stehen" (PrOVG. vom 13. Febr. 1914, VII C 203/13, zit. bei Pape in Koppes Jahrb. 9, 524). Die Kosten des Aufwertungsverfahrens sind nicht anrechnungsfähig, da es sich weder um Erwerbskosten noch um Aufwendungen für Grundstücksverbesserungen handelt (OVG. v. 4. Jan. 1929, VII C 44/28, zit. von Pape in Koppes Jahrb. 9, 525). Kosten für Informationsreisen sind dann nicht anrechnungsfähig, wenn sie durch die persönlichen Verhältnisse des Veräußerers bedingt sind und unmittelbare wirtschaftliche Maßnahmen zur Veräußerung des Grundstücks bedeuten (Pape in Koppes Jahrb. 10, 649, das. Lit. Hinweis). Als Veräußerungskosten sind (in Anwendung des § 1 Abs. 2 StAnpG.) auch die Aufwendungen anerkannt, die der Veräußerer eines Grundstücks für die vorzeitige Rückzahlung einer unverzinslichen Schuld bestritten hat. In diesem Fall ist der dem Veräußerer erwachsene vermögensrechtliche Schaden den abzugsfähigen Kosten der Veräußerung hinzuzurechnen (SächsOVG.: Jahrb. 40, 83 und RVerwBl. 1937, 326).

e) Pauschalierung der Erwerbskosten: Durch die Zulassung des Pauschbetrages wird der Steuerpflichtige der Mühe enthoben, die Kosten für den meistens jahrelang zurückliegenden Erwerb nachweisen zu müssen. Erwerbskosten (in tatsächlicher Höhe oder mit Pauschbeträgen) können nur dann angerechnet werden, wenn es sich um die Verbesserung des Erwerbspreises handelt. Die Anrechnungsfähigkeit besteht dann nicht, wenn gemäß § 6 Abs. 6 MusterStO. der Einheitswert oder gemeine Wert an die Stelle des Preises getreten ist. Mit dem Einheitswert oder gemeinen Wert ist alles abgegolten. Der in dieser Hinsicht in § 10 für die Veräußerungskosten ausdrücklich ausgesprochene Grundsatz gilt auch für die Erwerbskosten (Amtl. Mitt. 1911, 111).

II. Veräußerungskosten

Von dem Veräußerungspreise sind in Abzug zu bringen die dem Veräußerer nachweislich zur Last fallenden Kosten der Veräußerung und Übertragung einschließlich der von ihm für die Vermittlung gezahlten ortsüblichen Gebühr, sofern nicht an Stelle des Veräußerungspreises der gemeine Wert maßgebend ist. Diese Vorschrift ist das Gegenstück zu den die Erwerbskosten betreffenden Vorschriften. Die in Abschnitt I gegebenen Erläuterungen gelten entsprechend. Die vom Veräußerer für seine steuerpflichtige Veräußerung zu entrichtende Wertzuwachssteuer ist nicht abzugsfähig. Die für die Erwerbskosten vorgesehene Pauschalierung gilt nicht für die Veräußerungskosten.

Der Einfluß der Schuldenregelungsgesetzgebung auf die Veräußerung und Belastung betriebszugehöriger Grundstücke

Von Senatspräsident Dr. Fuchs, Berichterstatter für die landwirtschaftliche Schuldenregelung beim Oberlandesgericht Darmstadt

Das SchuldReglG. v. 1. Juni 1933 nebst seinen Durchführungs- und Ergänzungsvorschriften hat für den Grundstücksverkehr, soweit es sich um Grundstücke handelt, die zu einem Entschuldungsbetrieb gehören, eine Reihe von Besonderheiten gebracht, die leider noch nicht überall so durchgedrungen sind, wie es wünschenswert wäre. So besteht namentlich bei Behörden, die mit der Beurkundung von Grundstücksverträgen und der Aufnahme von Anträgen an das Entschuldungsamt befaßt sind, bisweilen eine gewisse Unsicherheit, die sich störend bemerkbar macht und auch den Geschäftsgang des Entschuldungsamts nicht günstig beeinflußt. Gerade hier ist deshalb eine wesentliche Vereinfachung und Beschleunigung des Geschäftsganges dadurch zu erzielen, daß diese besonderen Vorschriften einmal in übersichtlicher Weise zusammengestellt und zur Kenntnis nicht nur der Stellen gebracht werden, die direkt mit dem Grundstücksverkehr befaßt sind (insbesondere Grundbuchämter und Notare), sondern auch aller anderen Rechtswahrer, insbesondere der Rechtsanwälte, die ja oft in erster Linie als Ratgeber angegangen werden.

Bei den Prüfungen der Entschuldungsämter konnte ich feststellen, daß diese auf verschiedene Weise mit mehr oder weniger Erfolg versucht haben, dem angegebenen Mangel abzuhelfen: Teils haben sie Vorträge gehalten, teils Rundschreiben erlassen, teils sonst aufklärend gewirkt.

Im Folgenden gebe ich nun, einem offensichtlichen Bedürfnis folgend, eine übersichtliche Zusammenstellung der wichtigsten einschlägigen Vorschriften, wobei besonders darauf hingewiesen sei, daß ich den Leitern einiger Entschuldungsämter für ihre Mitwirkung besonderen Dank schulde.

I. Das Entschuldungsverfahren ist eröffnet, aber noch nicht bis zur Bestätigung des Entschuldungsplanes (Vergleichsvorschlags) durchgeführt. (In diesem Falle ist regelmäßig im Grundbuch der Vermerk eingetragen: „Das Schuldenregelungsverfahren ist eröffnet.")

1. Zur Veräußerung von Betriebsgrundstücken bedarf es an sich keiner Genehmigung des Entschuldungsamts; mit dem Übergang auf den Erwerber scheidet die veräußerte Parzelle als Betriebsgrundstück aus. Erfährt das Entschuldungsamt von der Veräußerung — durch Mitteilung der Beteiligten oder auf eine andere Weise —, so muß es das Grundbuchamt von Amts wegen um die Löschung des Eröffnungsvermerkes im Grundbuch ersuchen. Trotzdem ist dringend zu empfehlen, daß sich der Betriebsinhaber vor einer beabsichtigten Veräußerung mit der Entschuldungsstelle bzw. dem Entschuldungsamt in Verbindung setzt, damit diese Stellen sich ein Urteil über die Angemessenheit der beabsichtigten Veräußerung bilden können. Ebenso ist es aus praktischen Gründen in aller Regel nötig, über die Verwertung des Erlöses aus der Veräußerung im Einvernehmen mit der Entschuldungsstelle Bestimmung zu treffen. Hält die Entschuldungsstelle die Veräußerung eines Grundstücks für unzweckmäßig, so kann sie anordnen, daß der Betriebsinhaber davon absieht. Kommt dieser einer solchen Anordnung nicht nach, so kann die Entschuldungsstelle nach „Gemeinschaftlicher Richtlinie" (GR.) 20 bei dem Entschuldungsamt die Einstellung des Entschuldungsverfahrens beantragen.

Erfolgt die Veräußerung zur Durchführung der Entschuldung, so kann das Entschuldungsamt die Löschung der eingetragenen Grundpfandrechte erleichtern und notfalls die völlige Entpfändung des abzugebenden Landes anordnen. (Art. 31 der 7. und Art. 2 der 9. DurchfVO. zum SchuldReglG.)

2. a) Die Belastung von Betriebsgrundstücken mit Hypotheken, Grund- und Rentenschulden oder Reallasten ist unzulässig (§ 8 SchuldReglG.). Die auf die Bestellung solcher Rechte gerichtete Einigung ist nichtig; § 878 BGB. findet keine Anwendung. Einer Belastung jedoch, die im Zusammenhang mit dem Übergang von Eigentum auf den Betriebsinhaber vorgenommen wird, steht § 8 SchuldReglG. nicht entgegen, es sei denn, daß es sich um den Übergang von dem

Betriebsinhaber auf seinen Rechtsnachfolger im Betrieb (Art. 13 der 7. DurchfVO.) oder ähnliche Sonderfälle handelt. Die Belastungssperre dauert über die Bestätigung des Entschuldungsplans (Vergleichsvorschlags) hinaus bis zur Löschung des Eröffnungsvermerks (Art. 1 der 9. DurchfVO.).

b) Eigentümergrundschulden können nicht verpfändet oder übertragen werden (Art. 12 der 3. DurchfVO.).

II. Der Entschuldungsplan (Vergleichsvorschlag) ist bestätigt oder die Selbstentschuldung (§ 81 SchuldReglG.) hat stattgefunden. (In diesem Fall ist regelmäßig der „Entschuldungsvermerk": „Das Grundstück unterliegt der Entschuldung" im Grundbuch eingetragen. Mitunter wird aber auch in diesem Zeitpunkt des Verfahrens noch der „Eröffnungsvermerk" eingetragen sein, weil das Eintragungsersuchen (§§ 52 ff. SchuldReglG.) noch nicht erlassen oder noch nicht gewahrt werden konnte. Deshalb ist dringend zu empfehlen, vor der Beurkundung durch Befragen des Betriebsinhabers festzustellen, ob nicht schon ein Plan oder Vergleichsvorschlag bestätigt wurde.)

1. Die Veräußerung von Betriebsgrundstücken bedarf der Genehmigung nach der VO. über die Veräußerung von Entschuldungsbetrieben v. 6. Jan. 1937 (RGBl. I, 5). Genehmigungspflichtig ist schon das der Veräußerung zugrunde liegende schuldrechtliche Geschäft, mit dessen Genehmigung auch die Veräußerung als genehmigt gilt. Die Genehmigung wird bei Betrieben bis zu 7,5 ha Eigenland und bei Erbhöfen durch das Entschuldungsamt, im übrigen durch den Reichsminister für Ernährung und Landwirtschaft erteilt. Nach den in einem Erlaß des Reichsministers für Ernährung und Landwirtschaft v. 29. April 1937 enthaltenen Richtlinien zur VeräußerungsVO., der zwar nur an die Kommissare für die Osthilfe (Landstellen) gerichtet ist, an den sich aber in der Praxis vielfach auch die Entschuldungsämter halten, soll die Genehmigung grundsätzlich erst erfolgen, wenn ein bindender Kaufvertrag vorliegt, zu dem alle anderen etwa erforderlichen Genehmigungen beigebracht sind; dabei kommen namentlich (bei Betrieben, die nicht Erbhöfe sind) die Genehmigung nach der Grundstücksverkehrsbekanntmachung vom 26. Jan. 1937, bei Erbhofgrundstücken die Genehmigung des Anerbengerichts, bei Grundstücken, die in einem Wohnsiedelungsgebiet liegen, die Genehmigung nach dem WohnsiedlungsG. v. 22. Sept. 1933, ferner allgemein z. B. eine etwa notwendige vormundschaftsgerichtliche Genehmigung in Betracht. Mit Rücksicht hierauf empfiehlt es sich, Anträge auf Genehmigung der Veräußerung von Betriebsgrundstücken nach der VeräußerungsVO. erst dann einzureichen, wenn die sonst erforderlichen Genehmigungen vorliegen, und diese sowie eine Abschrift des zu genehmigenden Rechtsgeschäfts dem Antrag beizufügen.

Da im allgemeinen die Erwerber lastenfrei erwerben wollen, ist fernerhin zu beachten, daß von der Bestätigung des Entschuldungsplans (Vergleichsvorschlags) an die Betriebsgrundstücke den Beschränkungen der §§ 91 ff. SchuldReglG. unterliegen und daß bereits mit der Bestätigung also schon vor der Eintragung im Grundbuch, in aller Regel Schuldenregelungshypotheken oder Entschuldungsrenten oder auch beide Belastungsarten entstehen (§ 15 SchuldReglG., Art. 8 der AblösungsVO. v. 27. Febr. 1937, Art. 53 der 7. DurchfVO., Art. 4 der 8. DurchfVO.).

Wegen der Beseitigung dieser Belastungen gilt folgendes:

a) Die Befreiung von den Beschränkungen der §§ 91 ff. SchuldReglG. kann auf Antrag von dem Entschuldungsamt gewährt werden, wenn die in Art. 10 Abs. 2 der 9. DurchfVO. bestimmten Voraussetzungen erfüllt sind. Solche Anträge müssen eingehend begründet werden. Die Entscheidung kann unter Umständen längere Zeit beanspruchen, da das Entschuldungsamt, falls es sich nicht um einen Erbhof handelt, die Stellungnahme der Deutschen Rentenbank-Kreditanstalt einholen muß (§ 93 SchuldReglG., Art. 43 der 6. DurchfVO., Art. 10 Abs. 3 der 9. DurchfVO.).

Erwirbt der Betriebsinhaber ein Ersatzgrundstück, so ist in dem Antrag zu erklären, daß sich die Wirkungen des Entschuldungsvermerkes (und der Entschuldungsrente) auf das — genau zu bezeichnende — neu erworbene Grundstück erstrecken sollen (Art. 10 Abs. 6 der 9. DurchfVO.).

b) Wegen der Löschung der Entschuldungsrente müssen die Vertragschließenden mit der Entschuldungsstelle oder der mit der Durchführung des Entschuldungsplans (Vergleichsvorschlages) beauftragten Kreditanstalt verhandeln, die wieder mit der Deutschen Rentenbank-Kreditanstalt (R. K. A.) Fühlung nimmt (Art. 29 der 9. DurchfVO.). Jedoch kann, worauf in einem Rundschreiben der R. K. A. an die Landesbauernkasse Rhein-Main-Neckar eGmbH. in Frankfurt a. M. v. 9. März 1938 hingewiesen ist, das Entschuldungsamt von sich aus die Freistellung des zu veräußernden Grundstückes von der Entschuldungsrente durch Beschluß nach Art. 29 Abs. 2 letzter Satz der 9. DurchfVO. zum SchuldReglG. anordnen (in diesem Fall bedarf es eines Verhandelns der Vertragschließenden mit der Entschuldungsstelle oder beauftragten Kreditanstalt zunächst nicht), wenn

aa) es sich bei dem zu veräußernden Grundstück um ein Trennstück von so unbedeutender Fläche handelt, daß für privatrechtliche Lasten ein Unschädlichkeitszeugnis nach den landesrechtlichen Vorschriften zu Art. 120 EGBGB. erteilt werden könnte oder

bb) es sich zwar nicht um ein Grundstück von offensichtlich unbedeutender Fläche handelt, die Entschuldungsrente jedoch auf den beim Betriebe verbleibenden Grundstücken genügend gesichert erscheint; dies kann unter Umständen insbesondere dann der Fall sein, wenn die vor der Entschuldungsrente gemäß Art. 54 Abs. 1 der 7. DurchfVO. bevorrechtigten Lasten aus dem Kauferlös ganz oder teilweise zurückgezahlt und im Grundbuch gelöscht werden.

c) Zur Löschung der Schuldenregelungshypotheken (vgl. Art. 3 der 9. DurchfVO.), gleichviel, ob es sich nun um die aus den schon vor Eröffnung des Entschuldungsverfahrens bestandenen Grundpfandrechten erwachsenen oder die durch Festschreibung früher nicht dinglich gesicherter Forderungen mit der Bestätigung des Entschuldungsplanes (Vergleichsvorschlages) entstandenen handelt, bedarf es der Bewilligung des Gläubigers und der Zustimmung des Eigentümers gemäß den allgemeinen Vorschriften (§§ 875, 1183 BGB.); das Entschuldungsamt kann diese Grundpfandrechte nach Bestätigung des Entschuldungsplans (Vergleichsvorschlages) nicht mehr beseitigen oder verteilen.

Hiernach wird es sich im allgemeinen empfehlen, mit den Anträgen auf Genehmigungen nach der VeräußerungsVO. (oben II. 1. vor a) sogleich die etwa notwendigen Anträge auf Befreiung von den Beschränkungen der §§ 91 ff. SchuldReglG. (oben II. 1. a, die Entscheidung des Entschuldungsamts hat in diesem Fall bei Gewährung auf „Anordnung der Löschung des Entschuldungsvermerks" zu lauten, Art. 10 Abs. 4 Satz 2 der 9. DurchfVO.) und auf Löschung der Entschuldungsrente (oben II. 1. b) zu verbinden. In der Begründung der Anträge ist insbesondere darzulegen, welcher der fünf in Art. 10 Abs. 2 der 9. DurchfVO. vorgesehenen Fälle gegeben sein soll, und ob, gegebenenfalls wodurch, das Erlöschen der Entschuldungsrente gemäß Art. 29 Abs. 2 Satz 4 der 9. DurchfVO. zu rechtfertigen ist. Weiter ist anzugeben, ob und unter welchen Bedingungen sämtliche Hypothekengläubiger das zu veräußernde Grundstück freigegeben haben (oben II. 1. c), sowie allgemein, wie der Betriebsinhaber den Erlös aus der Veräußerung zu verwenden (z. B. welches — lastenfreie — Grundstück er damit zu erwerben gedenkt; vgl. auch Art. 10 Abs. 6 der 9. DurchfVO.) und wie er diese Verwendung zu sichern beabsichtigt. Diese Angaben sind auch erforderlich, damit das Entschuldungsamt beurteilen kann, ob und welche Auflagen etwa nach Art. 3 Abs. 1 Zahl 2 VeräußerungsVO. zu machen sind.

2. Neubelastung von Betriebsgrundstücken:

Da die Belastungssperre des § 8 Abs. 1 Satz 2 Schuld-

ReglG. über den Zeitpunkt der Bestätigung des Entschuldungsplans (Vergleichsvorschlages) hinaus bis zur Löschung des Eröffnungsvermerks dauert (oben I. 2. a), kann eine Neubelastung von Betriebsgrundstücken mit den in § 8 bezeichneten Rechten (eine Belastung mit anderen Rechten wie Dienstbarkeiten ist in keinem Stadium des Verfahrens gesetzlich verboten) nicht vor Löschung des Eröffnungsvermerkes erfolgen. Diese geschieht regelmäßig bei der Wahrung des Grundbuchersuchens zugleich mit der Eintragung des Entschuldungsvermerkes. Aber auch dann darf das Grundstück — rechtsgeschäftlich wie im Wege der Zwangsvollstreckung — grundsätzlich nur innerhalb der Mündelsicherheitsgrenze und nur mit unkündbaren Tilgungsforderungen mit mindestens ½% jährlicher Tilgung belastet werden (§ 91 SchuldReglG.). Diese Beleihungsbeschränkung erleidet jedoch einige Ausnahmen. Die wichtigsten seien hier angeführt:

a) Sie gilt nach Art. 43 der 6. DurchfVO. nicht für Erbhöfe; für diese kommen nur die allgemeinen Bestimmungen der Reichserbhofgesetzgebung in Betracht.

b) Das Entschuldungsamt kann — abgesehen von der Löschung des Entschuldungsvermerkes im Veräußerungsfall (oben II. 1. a) — von der Beschränkung auch für einzelne Beleihungsfälle Freistellung gewähren (Art. 10 Abs. 5 der 9. DurchfVO.).

Da § 91 SchuldReglG. eine Neubelastung nur für unkündbare Tilgungsforderungen zuläßt, erscheint grundsätzlich nur noch eine Belastung mit Tilgungshypotheken und Tilgungsgrundschulden, nicht mehr auch mit Reallasten und Rentenschulden zulässig. Über die ausnahmsweise zuzulassende Belastung auch mit Reallasten bei der Bestellung von Altenteilsrechten in einem Gutsübergabevertrag s. KG.: JW. 1936, 1859 Z. 36.

Zur Frage der Einführung der Gefährdungshaftung im Kraftpostreisedienst

Von Ministerialrat Dr. Schuster und Postrat Kniepmeyer, im Reichspostministerium, Berlin

Nach dem Anschluß Österreichs an Deutschland mußte die Deutsche Reichspost (DRP.) eine Angleichung der Haftungsbestimmungen für die Reisenden im Postreisedienst im Altreich und im Lande Österreich herbeiführen. Im Altreich galt nämlich noch der § 11 PostG., der eine dem modernen Schnellverkehr nicht mehr entsprechende beschränkte Haftung vorsah, während im Lande Österreich bei der früheren österreichischen Post bereits die unbeschränkte Haftung nach dem österreichischen Kraftfahrzeughaftpflichtgesetz von 1908 bestand.

Es war zu prüfen, ob die DRP. die Verschuldenshaftung oder die Gefährdungshaftung einführen sollte; sie hat sich für die Gefährdungshaftung entschieden und ist dabei von folgenden Erwägungen ausgegangen:

1. Bei einer Beförderung von Personen im entgeltlichen öffentlichen Verkehr ist von einem Beförderungsvertrage (Werkvertrag § 631 BGB.) auszugehen. Danach ist der Unternehmer verpflichtet, den Reisenden zum Zielort zu befördern und zwar mit der wichtigen Nebenverpflichtung, ihn unversehrt an das Ziel zu bringen (§ 276 BGB.). Die Ersatzpflicht des Unternehmers bei einem Unfall des Reisenden ist an sich nach § 249 BGB. unbeschränkt. Der wirklich erlittene Schaden ist voll zu ersetzen. In der Praxis hat sich herausgestellt, daß viele gewerbliche Beförderungsunternehmer — besonders die kleineren — nicht in der Lage waren, derartige Schadensersatzansprüche zu befriedigen; es bestand sogar für sie die Gefahr, durch einen einzigen Unfall ihr gesamtes Vermögen zu verlieren. Aus diesem Grunde waren die kleineren Unternehmer vielfach dazu übergegangen, ihren Reisenden gegenüber die Haftung zu beschränken oder durch Mißbrauch von Rechtsformen des bürgerlichen Rechts die Verwirklichung auch eines nur beschränkten Schadensersatzanspruchs in der Praxis auszuschließen. Das Gesetz über die Beförderung von Personen zu Lande (PBefG.) v. 4. Dez. 1934 i. d. Fass. v. 6. Dez. 1937 (RGBl. I, 1319 ff.) hat hier eingegriffen. Im § 25 PBefG. ist bestimmt, daß der Unternehmer des Linienverkehrs die Haftung gegenüber den von ihm beförderten Personen durch Vertrag weder ausschließen noch beschränken darf. Entgegenstehende Vereinbarungen sind nichtig. Dasselbe gilt auch für den Gelegenheitsverkehr (§ 28 PBefG.), der den Verkehr mit Droschken, Ausflugswagen, Überlandwagen und Mietwagen umfaßt. Weiterhin sind die Unternehmer des gewerblichen Personenlinien- und Gelegenheitsverkehrs verpflichtet, sich wegen der Ansprüche, die aus dem Betrieb der Fahrzeuge von den beförderten Personen oder von Dritten gegen sie erhoben werden können, zu versichern (§§ 26 und 28 PBefG.). Die Versicherung hat bei einem leistungsfähigen Versicherungsunternehmen in Höhe der Höchstsätze zu erfolgen, die in § 12 KraftfG. festgesetzt sind; s. § 35 der DurchfVO. zum PBefG. v. 26. März 1935 (RGBl. I, 473), obwohl das KraftfG. für die Insassen von Kraftfahrzeugen nicht gilt (§ 8 KraftfG.). Die Höchstsätze des KraftfG. betragen: 25000 RM Kapitalbetrag im Falle der Tötung oder Verletzung eines Menschen oder eine jährliche Rente bis 1500 RM; bei Verletzung mehrerer Personen insgesamt 75000 RM bzw. 4500 RM Rente; für Sachschaden — auch wenn durch dasselbe Ereignis mehrere Sachen beschädigt sind — nur bis zum Betrage von 5000 RM.

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, daß trotz der gesetzlich bestehenden unbeschränkten Haftung in der Praxis die Haftung nach dem Beförderungsvertrage im Rahmen der Höchstsätze des KraftfG. beschränkt ist.

2. Vergleicht man mit diesem Ergebnis den Rechtszustand im Lande Österreich, so ergibt sich folgendes — im Endergebnis — gleiches Bild:

Bei einer Personenbeförderung durch Kraftfahrzeuge findet in Österreich die Kraftfahrzeuggesetzgebung Anwendung. Im Gegensatz zum deutschen KraftfG. sieht das entsprechende österreichische Gesetz, das Gesetz über die Haftung für Schäden aus dem Betriebe von Kraftfahrzeugen (Kraftfahrzeughaftpflichtgesetz = KraftfHaftpfG.) v. 9. Aug. 1908 in Fassung der Novelle v. 3. Mai 1922, die Haftung für Insassen bei entgeltlicher Beförderung oder im gewerbsmäßigen Personen- oder Sachtransport vor (§ 4 KraftfHaftpflG.). Die Haftung ist nach diesem Gesetz unbeschränkt (§ 1 KraftfHaftpflG.). Nach dem österreichischen Bundesgesetz über das Kraftfahrwesen (KraftfG.) von 1937 (BGBl. 1937 Nr. 29 S. 243) ist allgemein ein gesetzlicher Haftpflichtversicherungszwang für Kraftfahrzeughalter vorgesehen. Im § 8 ÖsterrKraftfG., das insoweit auch heute noch gilt, wird u. a. bestimmt:

„Für jedes zum Verkehr zugelassene Kraftfahrzeug (Anhänger), das seinen dauernden Standort im Inland hat, muß eine Kraftfahrzeughaftpflichtversicherung bei einer für diesen Versicherungszweig in Österreich zugelassenen Versicherungsanstalt bestehen. Das nähere über die Art der Durchführung dieser Pflichtversicherung wird durch VO. geregelt."

Dies ist durch die VO. des Bundesministers für Handel und Verkehr im Einvernehmen mit den beteiligten Bundesministern über das Kraftfahrwesen (KraftfVO. 1937) geschehen (BGBl. 1937 Nr. 106 26. Stück S. 385 ff.). Die KraftfVO. sieht im § 55 Mindestversicherungssummen vor, und zwar hinsichtlich der Personenschäden 20000 Schilling (S) für die einzelne Person und 80000 S für das einzelne Ereignis, hinsichtlich Sachschäden 4000 S. Das gilt aber nur für Fahrzeuge bis zu 20 Sitzplätzen. Sind mehr als 20 Sitzplätze vorhanden oder wird ein zur Personenbeförderung bestimmter Anhänger mitgeführt, so erhöht sich die versicherungspflichtige Schadenssumme für das einzelne Ereignis von 80000 S auf 160000 S.

Diese Regelung zeigt, daß auch in Österreich derselbe Weg eingeschlagen worden ist, wie in Deutschland; nämlich: der Beförderungsvertrag ist in engen Zusammenhang mit dem österreichischen KraftfHaftpflG. gebracht und die an sich unbegrenzte Haftung ist der Höhe nach durch die Zwangsversicherungssumme praktisch begrenzt.

3. Nach dem bisher in Geltung gewesenen deutschen Postrecht fanden für die Rechtsbeziehungen zwischen den Postreisenden und der DRP. die §§ 11 und 12 PostG. in Verbindung mit den Bestimmungen der PostO. v. 30. Jan. 1929 (RGBl. I, 33) §§ 52 ff. Anwendung. Während die Postordnungsvorschriften die allgemeinen Bedingungen des Postreisedienstes enthielten, regelte § 11 PostG. die Haftungsansprüche. Die Haftung der DRP. beruhte auf dem Gefährdungsgedanken; es wurde also ohne Rücksicht darauf, ob ein Verschulden der DRP. oder ihrer Bediensteten vorlag, gehaftet. Allerdings war diese Haftung der Höhe nach sehr begrenzt, da bei einem Unfall des Reisenden nur für die durch die Verletzung entstandenen Kur- und Verpflegungskosten gehaftet wurde. Für den Tod eines Reisenden infolge Unfalls war keine Haftung vorgesehen, da das PostG. aus dem Jahre 1871 nur mit dem langsamen Verkehr mit Pferdepersonenposten rechnete. Da diese Haftung — besonders wegen des Ausschlusses der Haftung für Sonderposten und für den Todesfall — nicht genügte, hat die DRP. nach der Einführung des motorisierten Kraftpostreisedienstes zugunsten der Kraftpostreisenden eine Unfallversicherung abgeschlossen, die für alle Kraftpostreisenden galt und für den Todesfall 10 000 *RM*, und für den Invaliditätsfall 25 000 *RM* vorsah.

Das Ergebnis zeigt, daß nach deutschem — dem bisher gültigen — Postrecht die Gefährdungshaftung mit starker gesetzlicher Begrenzung der Höhe nach galt, die aber nach Abschluß eines Versicherungsvertrags sich den Sätzen des KraftfG. annäherte, und teilweise über die Sätze des KraftfG. hinausging, da eine Höchstsummenbegrenzung bei Verletzung mehrerer Personen durch dasselbe Ereignis nicht vorgesehen war.

4. Nach dem österreichischen Postrecht — das auch jetzt noch in Geltung ist — finden für die Rechtsbeziehungen zwischen der ehemaligen österreichischen Post und den Postreisenden die Vorschriften der österreichischen Postkraftwagenverkehrsordnung 1929 (Post- und Tel. VOBl. 1929 S. 93 Nr. 27 Vf I 62) Anwendung. In der Postkraftwagenverkehrsordnung sind die allgemeinen Bedingungen und die Haftungsvorschriften enthalten. § 10 a. a. O. sieht die Haftung der ehemaligen österreichischen Post nach den Vorschriften des österreichischen KraftfHaftpflG. vor. Wenn auch nach dem österreichischen KraftfG. die Fahrzeuge der österreichischen Post von der Versicherungspflicht ausgenommen sind, da sie Fahrzeuge des Bundes waren (§ 3 Abs. 3), hat doch die österreichische Postverwaltung alle ihre Kraftfahrzeuge gegen Haftpflicht versichert; eingeschlossen in diese Versicherung ist die gesetzliche Haftpflicht gegenüber sämtlichen beförderten Personen.

Es ergibt sich demnach, daß im Lande Österreich auf Grund der Gefährdungshaftung für Postreisende unbeschränkt gehaftet wird, diese Haftung aber durch eine der Höhe nach begrenzte Versicherung abgedeckt ist.

5. Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt: Wenn auch dem Grunde nach ein Haftungsunterschied besteht, und zwar einerseits auf Grund von Verschulden, anderseits auf Grund der Gefährdung, so sind doch der Höhe nach praktisch die Unterschiede verwischt. Überall ist eine Begrenzung der Höhe nach gegeben, die auf die Kraftfahrzeuggesetzgebung — abgesehen von dem Fall im § 11 PostG. — abgestellt ist. Um eine Entscheidung der angeschnittenen Frage fällen zu können, mußte aber weiterhin geprüft werden, auf welchen Haftungsgrundlagen die der Beförderung von Personen dienenden übrigen Unternehmungen aufgebaut sind.

Neben dem Kraftfahrzeug wird als Beförderungsmittel für die Allgemeinheit in absehbarer Zeit die Schiene ihre Bedeutung behalten. Da bei der Neugestaltung des Haftungsrechts anzustreben sein wird, die Haftung der auf der Schiene, Landstraße und in der Luft beförderten Personen nach Möglichkeit anzugleichen, soll kurz auf die Haftung für die Eisenbahn- und Luftbeförderung eingegangen werden.

a) Eisenbahn.

Das Haftpflichtrecht der Eisenbahn beruht auf dem Gefährdungsprinzip des RHaftpflG. von 1871; es sieht bei Tötung und Verletzung eines Menschen im Betriebe einer Eisenbahn die Haftung des Betriebsunternehmers für den entstandenen Schaden vor, sofern er nicht beweist, daß der Unfall durch höhere Gewalt oder durch eigenes Verschulden des Verletzten verursacht worden ist. Wenn auch das Gesetz noch eine veraltete Berechnung wegen der Höchstsätze vorsieht, so ist doch tatsächlich die Höhe der Haftung der Eisenbahnen unbeschränkt.

b) Luftverkehr.

Das Haftpflichtrecht der Luftfahrzeuge beruht ebenfalls auf dem Gefährdungsprinzip nach § 19 Luftverkehrsgesetz (LVG.) i. d. Fass. v. 21. Aug. 1936 (RGBl. I, 653). Danach ist der Halter eines Luftfahrzeugs verpflichtet, den Schaden zu ersetzen, der beim Betrieb eines Luftfahrzeugs durch Unfall entsteht. Ersetzt wird Personen- und Sachschaden. Ein Ausschluß der Haftung findet weder bei höherer Gewalt noch bei unabwendbarem Ereignis statt. Der Luftfahrzeughalter kann lediglich die Einwendung des mitwirkenden Verschuldens des Verletzten geltend machen (§ 254 BGB. i. Verb. m. § 20 LVG.). § 23 LVG. sieht von dem Fluggewicht des Luftfahrzeugs abhängige Höchstsummen für den gesamten Schaden vor, die auf Personen — zu $^2/_3$ — und auf Sachschaden — zu $^1/_3$ — zu verteilen sind. Die Höchstsumme des Schadenersatzes für jede verletzte Person beträgt 30 000 *RM*. Übersteigen die in Frage kommenden Entschädigungen, die mehreren auf Grund desselben Ereignisses zustehen die nach dem Fluggewicht errechneten Höchstbeträge, so verringern sich die einzelnen Entschädigungen in dem Verhältnis, in dem ihr Gesamtbetrag zum Höchstbetrag steht (§ 23 LVG.). Der Luftfahrzeughalter ist in Höhe der Sätze des § 23 LVG. versicherungspflichtig (§ 29 LVG.). Unberührt bleiben nach § 28 LVG. weitergehende Ansprüche aus Vertrag oder unerlaubter Handlung auf Grund des BGB.

Im zwischenstaatlichen Luftverkehr — also auf internationalen Linien — gilt das Warschauer Luftabkommen v. 19. Okt. 1929 (RGBl. 1933, II, 1039), das auf der Verschuldenshaftung mit umgekehrter Beweislast beruht. Nach Art. 20 tritt die grundsätzlich gegebene Ersatzpflicht des Luftfrachtführers nicht ein, wenn er beweist, daß er und seine Leute alle erforderlichen Maßnahmen zur Verhütung des Schadens getroffen haben oder daß sie diese Maßnahmen nicht treffen konnten. Mitwirkendes Verschulden des Geschädigten ist zu beachten (Art. 21). Auch hier sind Haftungshöchstsummen festgesetzt (Art. 22).

Das Ergebnis ist demnach folgendes:

Sowohl das Eisenbahn- als auch das Luftfahrzeughaftpflichtrecht ist auf dem Gefährdungsgedanken aufgebaut. Eine Ausnahme bildet lediglich das zwischenstaatliche Luftfahrzeughaftpflichtrecht, das auf der Verschuldenshaftung mit umgekehrter Beweislast beruht.

6. Die bisherigen Ausführungen zeigen, daß das Verkehrshaftpflichtrecht überwiegend von dem Gefährdungsgedanken beherrscht wird und eine Beschränkung der Haftung der Höhe nach teils auf Grund ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift, teils aus tatsächlichen Gründen (Beschränkung des Versicherungszwangs auf Höchstsummen) gegeben ist. Es besteht kaum praktisch zwischen Verschuldens- und Gefährdungshaftung ein Unterschied, obwohl es auf den ersten Blick anders scheinen könnte. Der Unterschied liegt lediglich in der Beweislast, also auf prozessualem Gebiet. Der Verletzte muß bei der Gefährdungshaftung lediglich die Tatsache des Unfalls, der Unternehmer die Haftungsausschließungsgründe beweisen. Bei der Verschuldenshaftung hatte ursprünglich der Verletzte den Unfall und das Verschulden des Unternehmers bzw. seiner Erfüllungsgehilfen zu beweisen, während dem Unternehmer der Gegenbeweis des Nichtverschuldens oder des Vorliegens von Haftungsausschließungsgründen oblag. Durch die Rechtsprechung ist allerdings auch bei der Verschuldenshaftung die Beweislast dem Unternehmer auferlegt worden, und zwar in der Weise, daß sein Verschulden bei einem Verkehrsunfall unterstellt wird und ihm der Beweis des Nichtverschuldens

obliegt. Die Beweislast der Verschuldenshaftung ist also dieselbe wie im Warschauer Abkommen. Damit hat der Unterschied zwischen Verschuldens- und Gefährdungshaftung im Prozeß seine Bedeutung verloren (vgl. Müller, „Straßenverkehrsrecht", 12. Aufl., S. 332).

7. Mit Rücksicht darauf, daß sowohl im bisherigen deutschen als auch im österreichischen Postrecht die Gefährdungshaftung gegenüber den Postreisenden bestand, auch der Unterschied zwischen Verschuldens- und Gefährdungshaftung praktisch bedeutungslos ist, hat die DRP. an der Gefährdungshaftung festgehalten und sie lediglich hinsichtlich der Höhe ausgebaut.

Die Neuerung im deutschen Recht besteht darin, daß zum erstenmal die Gefährdungshaftung des KraftfG. auf die Insassen ausgedehnt ist. Infolgedessen hat der § 65 PostO. folgende Fassung erhalten:

„§ 65

Haftung für Unfälle im Postreisedienst

I. Wird ein Reisender im Postreisedienst getötet oder körperlich verletzt, so ist die Post verpflichtet, dem Verletzten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen; hierfür gelten die Vorschriften der §§ 7 Abs. 2, 9, 10, 11, 12 Abs. 1 Nr. 1, 13, 16 des Gesetzes über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen entsprechend.

II. Für Sachschaden einschließlich des Schadens an mitgeführtem Handgepäck haftet die Post dem Reisenden bis zum Höchstbetrag von 500 *RM*. Für Reisegepäck gilt ausschließlich § 66."

Der Grundsatz der Gefährdungshaftung liegt im Halbsatz 1 des Abs. 1; es brauchte daher auf die Vorschriften des KraftfG. nur wegen des Haftungsausschlusses und des Haftungsumfangs verwiesen werden. Bezüglich des Haftungsumfangs ist ein neuer Weg dahin beschritten worden, daß ohne Rücksicht auf die Zahl der bei einem Unfall verletzten oder getöteten Personen für jede Person bis zu 25000 *RM* usw. gehaftet wird. Diese Maßnahme war notwendig, da der Gesetzgeber bei der Festlegung der Haftsummen nach damaligem Stand der Kraftfahrzeugtechnik an die heutige Massenbeförderung durch Kraftomnibusse bis zu 45 Sitzen nicht denken konnte. Auch für Sachschaden ist die Begrenzung von 5000 *RM* nicht übernommen worden, sondern ein Höchstbetrag von 500 *RM* für den Sachschaden jedes Reisenden festgesetzt.

10. Diese Neuregelung des Haftungsrechts ist durch die VO. zur Änderung und Ergänzung der PostO. v. 6. Juli 1938 (RGBl. I, 879) erfolgt. Zum Erlaß dieser VO. ist der Reichspostminister auf Grund des Gesetzes zur Vereinfachung und Verbilligung der Verwaltung (VereinfachungsG.) vom 27. Febr. 1937 (RGBl. I, 130) ermächtigt. Nach § 4 VereinfachungsG. kann der Reichspostminister die Bedingungen für die Benutzung der Einrichtungen der DRP. im Verordnungswege regeln. Zu den Benutzungsbedingungen gehören auch die Haftungsvorschriften. Die Haftungsvorschriften für die neuen Dienstzweige befinden sich bereits in der PostO., während die der älteren Dienstzweige noch im alten PostG. geregelt sind. Da die Bedingungen für den Postreisedienst neu gefaßt wurden, sind auch — entsprechend dem jetzt üblichen Verfahren — die Haftungsvorschriften für den Postreisedienst in die PostO. übernommen worden. Die Benutzung der Fahrzeuge im Postreisedienst stellt ein öffentlich-rechtliches Nutzungsverhältnis dar, auf das die neuen Vorschriften der §§ 54—69 PostO. in Verbindung mit den Vorschriften des PostG. (Verjährung, Geltendmachung des Anspruchs) Anwendung finden. Da die nach § 4 VereinfachungsG. erlassenen Verordnungen des Reichspostministers Rechtsverordnungen sind, stellen sie Gesetze im materiellen Sinne dar; die neuen Postordnungsbestimmungen heben also als jüngeres Gesetz die entgegenstehende ältere Vorschrift des § 11 PostG. auf.

Die neuen Vorschriften gleichen das deutsche und das österreichische Recht für den Postreisedienst einander an. Sie beseitigen hinsichtlich des gesetzlichen Haftungsumfanges den bisher bestehenden großen Abstand zwischen dem deutschen und dem österreichischen Postrecht. Gleichzeitig wird die Haftung für die Insassen von gegen Entgelt beförderten Personen einer einheitlichen Regelung angenähert und der Weg zu einem zukünftigen allgemein geltenden Haftungsrecht für alle gegen Entgelt beförderten Personen gezeigt.

Die Besteuerung von Abfindungen bei Ausscheiden aus einem Dienstverhältnis

Von Regierungsassessor Dr. Reinhard Kapp, Berlin

In JW. 1938, 1294 ff.[1]) habe ich die Besteuerung außerordentlicher Einkünfte im Sinn des § 34 EinkStG. behandelt und bin dabei unter II 3 auch auf die Entschädigungen im Sinn des § 24 Ziff. 1 EinkStG. eingegangen, ohne jedoch im einzelnen zu der Frage Stellung zu nehmen, wann eine Entschädigung im Sinne dieser Bestimmung vorliegt. Im Hinblick darauf, daß Abfindungen bei Ausscheiden aus einem Dienstverhältnis im heutigen Wirtschaftsleben recht häufig gewährt werden, und daß über die steuerliche Behandlung derartiger Abfindungen in der Praxis sehr oft Zweifel bestehen, die fast ebenso oft zu Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Steuerpflichtigen und den Finanzbehörden führen, halte ich es für angebracht, auch diese Frage im Anschluß an meine bisherigen Ausführungen einer kurzen Prüfung zu unterziehen[2]).

In der Zahlung eines einmaligen Betrages kann einkommensteuerrechtlich nur dann eine Entschädigung im Sinn des § 24 Ziff. 1 a. a. O. erblickt werden, wenn der Zahlungsempfänger auf die Zahlung einen Rechtsanspruch hat. Der Zahlungsempfänger muß durch die Zahlung einen Ausgleich für die Aufgabe dieses Rechtsanspruches erlangen. Diese Beurteilung entspricht allein dem Begriff „Entschädigung". Kapitalabfindungen, die bei Ausscheiden

[1]) Vgl. auch JW. 1938, 1781 ff.

[2]) Zu der Frage der Steuerfreiheit von Entschädigungen wegen Entlassung aus dem Dienstverhältnis auf Grund des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit nach § 3 Ziff. 7 EinkStG. vgl. insbesondere die Veranlagungsrichtlinien für 1937, C IV 1 f, S. 48 ff. und RStBl. 1938, 468. Steuerfreiheit ist grundsätzlich nur dann gegeben, wenn die Entschädigung $^6/_{12}$ bzw. in Ausnahmefällen $^{12}/_{12}$ des letzten Jahresverdienstes nicht übersteigt, und wenn sie in unmittelbarer Beziehung zu dem sozialen Kündigungsschutz steht. Endet ein Dienstverhältnis nicht durch Kündigung, sondern durch Zeitablauf, so kommt Steuerfreiheit nicht in Betracht. Das gleiche gilt mangels Vorliegens eines sozialen Kündigungsschutzes, wenn das Dienstverhältnis durch Kündigung des Arbeitnehmers beendet wird oder wenn der Arbeitnehmer noch nicht mindestens ein Jahr in dem Betrieb beschäftigt war. Ebensowenig ist Steuerfreiheit gegeben, wenn der Arbeitnehmer schon vor vertragsmäßiger Beendigung seines Dienstverhältnisses im Einvernehmen mit seinem Arbeitgeber aus dem Dienst ausscheidet, und wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die vollen, bis zur vertragsmäßigen Beendigung des Dienstverhältnisses zustehenden Dienstbezüge in einer Summe schon bei dem vorzeitigen Ausscheiden auszahlt. Dieser Betrag ist keine Entschädigung wegen Entlassung aus einem Dienstverhältnis, sondern lediglich die Zahlung der vertragsmäßigen Bezüge in einem Betrag, so daß auch § 35 der 2. LohnStDurchfVO. nicht anwendbar ist (vgl. Lohnsteuerrichtlinien 1937 I Nr. 10 S. 17).

aus einem Dienstverhältnis gewährt werden, sind daher nur dann Entschädigungen im Sinn des § 24 Ziff. 1 a. a. O., wenn sie zur Abgeltung eines sich aus dem Vertrage ergebenden Rechtsanspruches gewährt werden. Daß Kapitalabfindungen in dem betreffenden Unternehmen in entsprechenden Fällen üblich sind, genügt nicht. Zur Erläuterung der Rechtslage diene folgendes Beispiel[3]):

Ein verheirateter Angestellter mit einem Monatsgehalt von 1000 *RM*, dessen Anstellungsvertrag noch bis zum 31. Dez. 1940 läuft, scheidet am 30. Juni 1938 aus dem Dienstverhältnis aus und erhält eine einmalige Zahlung (Abfindung) von 24000 *RM*.

In diesem Fall hat der Angestellte auf Grund des Vertrages Gehaltsansprüche bis zum 31. Dez. 1940. Die einmalige Zahlung von 24000 *RM* ist zur Abgeltung dieser Gehaltsansprüche erfolgt und daher als Entschädigung im Sinn des § 24 Ziff. 1 a. a. O. anzusehen. Es ist nicht erforderlich, daß die Höhe der Zahlung genau der Gehaltssumme entspricht, die der Angestellte empfangen hätte, wenn er bis zum Ablauf des Dienstvertrages in den Diensten seines Arbeitgebers geblieben wäre. Die Zahlung muß nur zur Abgeltung der Gehaltsansprüche erfolgt sein. In welcher Form sich das Ausscheiden vollzogen hat — Entlassung oder gegenseitiges Einvernehmen —, ist unerheblich.

Läuft der Vertrag des Angestellten nicht für eine bestimmte Zeit, ist er vielmehr z. B. mit halbjähriger Kündigungsfrist zum 31. Dez. eines jeden Jahres kündbar, so hat der Angestellte bei Ausscheiden am 30. Juni 1938 nur Gehaltsansprüche bis zum 31. Dez. 1938, also in Höhe von 6000 *RM*. Der darüber hinausgehende Betrag stellt keine Abgeltung von Ansprüchen dar und ist daher nicht als Entschädigung im Sinn des § 24 Ziff. 1 a. a. O. anzusehen. Ihre Erklärung wird die über 6000 *RM* hinausgehende Zahlung in derartigen Fällen regelmäßig darin finden, daß der Angestellte seinem Arbeitgeber langjährig erfolgreich gedient hat. Die Zahlung stellt daher wirtschaftlich lediglich eine verschleierte Gehaltsnachzahlung dar und ist als solche nach dem normalen Steuertarif zu versteuern[4]). In diesem letzteren Fall kann eine bei Ausscheiden aus dem Dienstverhältnis gewährte einmalige Zahlung aber dann als Entschädigung im Sinn des § 24 Ziff. 1 a. a. O. angesehen werden, wenn dem Angestellten nach dem Vertrage Pensionsansprüche zustanden. Erhält er zur Abgeltung dieser Pensionsansprüche eine einmalige Zahlung, so sind die Voraussetzungen des § 24 Ziff. 1 a. a. O. gegeben. Entsprechend ist die Rechtslage, wenn in dem Vertrag eine Konkurrenzklausel z. B. für drei Jahre gegen gewisse monatliche Zahlungen vereinbart ist. Erhält der Angestellte bei seinem Ausscheiden zur Abgeltung dieser ihm vertragsmäßig zustehenden Zahlungen eine einmalige Entschädigung, so unterliegt diese dem ermäßigten Steuertarif des § 34 EinkStG.

Sind die Voraussetzungen des § 34 Abs. 2 Ziff. 3 EinkStG. i. Verb. m. § 24 Ziff. 1 EinkStG. erfüllt, so ist für die Höhe des im Rahmen des § 34 EinkStG. anzuwendenden Steuersatzes der Erlaß des Reichsministers der Finanzen v. 11. Juli 1938[5]) maßgebend. Aus diesem Erlaß ergibt sich für die Besteuerung außerordentlicher Einkünfte unter 100000 *RM*, daß jeweils festzustellen ist, welcher Teil des gewährten Gesamtbetrages auf das Jahr der Besteuerung entfällt. Nur der Teil der Gesamtsumme, der zu dem laufenden Steuerabschnitt in Beziehung steht, darf mit einem über 10% (bei Ledigen 12%) hinausgehenden Steuersatz besteuert werden, während der übrige Teil mit 10 bzw. 12% zur Besteuerung heranzuziehen ist. In dem oben erwähnten Beispiel ist die Besteuerung daher folgendermaßen vorzunehmen: Die einmalige Zahlung von 24000 *RM* bezieht sich auf einen Zeitraum von 30 Monaten. Auf den einzelnen Monat entfällt ein Betrag von 800 *RM*, auf die restlichen 6 Monate des Jahres 1938 also ein Betrag von 4800 *RM*. Wenn das Finanzamt mit Rücksicht auf die wirtschaftlichen Verhältnisse und auf den Familienstand des Steuerpflichtigen insoweit einen Steuersatz von 15% für angemessen hält, dann beträgt die auf die Gesamtabfindung entfallende Einkommensteuer

10%	von 19200 *RM*	=	1920 *RM*
15%	von 4800 *RM*	=	720 *RM*
			2640 *RM*.

Diese Regelung gilt aber nach dem Erlaß nur, wenn die dem Steuerpflichtigen zugeflossenen außerordentlichen Einkünfte den Gesamtbetrag von 100000 *RM* nicht übersteigen, und wenn der Steuerpflichtige kein Jude[6]) ist. Bei außerordentlichen Einkünften über 100000 *RM* und bei außerordentlichen Einkünften, die einem Juden zufließen, verbleibt es also bei der bisherigen Regelung, d. h. eine Teilung des Gesamtbetrages in den Betrag, der mit dem laufenden Jahr in Beziehung steht, und in den Betrag, der mit dem laufenden Jahr nicht in Verbindung steht, kommt nicht in Betracht. Die Gesamtsumme ist vielmehr einheitlich einem von dem Finanzamt zu bestimmenden Steuersatz (Höchstsatz 25%) zu unterwerfen.

Nach diesen die einkommensteuerrechtliche Behandlung von Abfindungen bei Ausscheiden aus einem Dienstverhältnis betreffenden Ausführungen bedarf es zum Schluß noch eines Hinweises darauf, wie derartige Kapitalabfindungen in dem dem Einkommensteuerverfahren vorangehenden Lohnsteuerabzugsverfahren zu behandeln sind. Wenn es für die einkommensteuerrechtliche Behandlung auf die Bestimmung des § 34 Abs. 2 Ziff. 3 i. Verb. m. § 24 Ziff. 1 EinkStG. ankommt, so ist für die lohnsteuerliche Handhabung regelmäßig die Bestimmung des § 35 der 2. VO. zur Durchführung des Steuerabzugs vom Arbeitslohn v. 6. Febr. 1938 maßgebend[7]). Diese Vorschrift stellt lediglich eine durch die Natur des Lohnsteuerabzugsverfahrens gebotene vereinfachte Besteuerungsform, nicht dagegen wie § 34 EinkStG. eine Steuervergünstigung dar, wenngleich sie sich gegebenenfalls, insbesondere bei Nurlohnsteuerpflichtigen, auch als Steuervergünstigung auswirken kann. Der Arbeitgeber ist zur Vornahme des Steuerabzugs nach § 35 a. a. O. auch dann berechtigt, wenn der Arbeitnehmer auf die „Abfindung" keinen Anspruch hat, die Steuervergünstigung des § 34 EinkStG. also bei der Veranlagung nicht gewährt werden kann. Auf der anderen Seite kann der Arbeitnehmer, wenn die Besteuerung im Lohnsteuerabzugsverfahren nach § 35 a. a. O. erfolgt ist und wenn die Voraussetzungen des § 34 a. a. O. nicht erfüllt sind, später nicht geltend machen, die einmal erfolgte Anwendung des § 35 a. a. O. ziehe auch die Anwendung des § 34 EinkStG. nach sich.

---

[3]) RStBl. 1938, 643.

[4]) Daß auch der Betrag von 6000 *RM* nicht der Besteuerung nach § 34 a. a. O. unterliegt, ergibt sich aus dem Sinn und Zweck des § 34 (vgl. auch JW. 1938, 1297).

[5]) RStBl. 1938, 643.

[6]) Jude ist nach § 5 der 1. VO. zum RBürgerG. v. 14. Nov. 1935 (RGBl. I, 1333), wer von mindestens drei der Rasse nach volljüdischen Großeltern abstammt. Darüber, wann das Vorhandensein von zwei volljüdischen Großeltern genügt, vgl. § 5 a. a. O.

[7]) Vgl. Oeftering, „Das gesamte Lohnsteuerrecht", 1937, S. 291/92, und „Lohnsteuerrichtlinien", 1937, VI 4 S. 68. In dem Erlaß v. 11. Juli 1938 stellt sich der RFM. im Ergebnis auf den Boden des von Oeftering a. a. O. zu Beispiel 4 angeführten Unterfalls 1. Vgl. auch den in Anm. 2 a. E. erwähnten Fall, in dem § 35 a. a. O. nicht anwendbar ist.

Das Koppelungsverbot

Von Gerichtsassessor Dr. Bohn, Stettin

Der Reichskommissar für die Preisbildung hat durch Runderlaß v. 30. Juni 1938 — II/20—6272 — erst in jüngster Zeit wieder auf die Strafbarkeit der nicht ausdrücklich zugelassenen Koppelungsgeschäfte hingewiesen und in fünf Punkten diejenigen Fälle zusammengestellt, die „insbesondere" als verbotene Koppelung oder als ebenfalls strafbare Umgehungshandlung anzusehen sind. Etwa zur gleichen Zeit hatte schon der Polizeipräsident von Berlin, Graf v. Helldorf, in einer vielbeachteten Presseveröffentlichung mit aller Deutlichkeit erneut das Verbot und die Strafbarkeit der Koppelungsverkäufe jeglicher Art und in jeder Wirtschaftsstufe betont und vor Zuwiderhandlungen gewarnt. Diese Hinweise, Ermahnungen und Warnungen sind nicht ohne Grund erfolgt; sie hatten ihren unmittelbaren Anlaß in der beängstigenden Zunahme und der immer verwerflichere Formen annehmenden Art der Koppelungsgeschäfte. Hier haben die verantwortlichen Stellen nochmals ein scharfes und unmißverständliches „Halt" geboten, und es ist an der Zeit, daß sich alle beteiligten Wirtschaftskreise nochmals Inhalt und Zweck des Koppelungsverbotes und die Folgen seiner Übertretung eindringlich vor Augen führen. —

I. Der systematischen Gliederung nach gehört das Koppelungsverbot in das große Gebiet des Preisrechts; die einschlägigen Vorschriften sind daher auch von dem Reichskommissar für die Preisbildung oder mit seiner Zustimmung erlassen worden. Es soll verhindert werden, daß das Vorhandensein einer verknappten Ware dazu mißbraucht wird, auch die gleichzeitige Abnahme einer weniger knappen oder vom Käufer überhaupt nicht oder im Augenblick nicht benötigten Ware zu erreichen, weil hierin eine verschleierte Preiserhöhung der verknappten Ware zu erblicken ist. Daneben hat das Koppelungsverbot auch marktpolitische und allgemein volkswirtschaftliche Bedeutung, da es den ungestörten Ablauf der Warenbewegung sicherstellt und den Abnehmer davor schützt, Waren abnehmen zu müssen, für die er u. U. keinerlei Verwendung hat, die also volkswirtschaftlich als fehlgeleitet angesehen werden müssen.

Rechtsgrundlage für das allgemeine gesetzliche Koppelungsverbot ist die Verordnung zur Verbilligung des Warenverkehrs v. 29. Okt. 1937 (RGBl. I, 1142). Daneben kommen als Rechtsgrundlagen noch die Preisstop-VO. v. 26. Nov. 1936 (RGBl. I, 955) und die in zahlreichen Einzelvorschriften der Ernährungswirtschaft enthaltenen Koppelungsverbote in Betracht.

II. Die VO. zur Verbilligung des Warenverkehrs vom 29. Okt. 1937 ist an die Stelle der Verordnung über die Abgabe von Lebens- und Futtermitteln v. 30. Dez. 1935 (RGBl. I, 1936, 1) getreten, welche die erste umfassende gesetzliche Regelung des Koppelungsverbotes brachte.

1. Nach der VO. v. 30. Dez. 1935 war es verboten, im Kleinverkauf die Abgabe von Lebensmitteln davon abhängig zu machen, daß der Käufer gleichzeitig Lebensmittel anderer Art oder andere Waren abnahm oder abzunehmen versprach. Entsprechendes galt für die Abgabe von Futtermitteln an Tierhalter. Bei Zuwiderhandlungen konnten die Preisüberwachungsstellen Ordnungsstrafen bis zu 1000 *RM* festsetzen.

Dieses Koppelungsverbot betraf nur den Kleinverkauf von Lebens- und Futtermitteln, also die Abgabe im Einzelhandel an den letzten Verbraucher, während die wirtschaftlichen Vorstufen, vor allem also der Großhandel, dem Koppelungsverbot nicht unterlagen. Das hatte zur Folge, daß der Einzelhändler die verbotenen Koppelungsgeschäfte nicht tätigen durfte, seinerseits aber schutzlos den Koppelungsversuchen seiner Lieferanten ausgesetzt war. Ein weiterer Nachteil der VO. v. 30. Dez. 1935 war, daß sie nur die Abgabe von Lebens- oder Futtermitteln im Koppelungsgeschäft, also nur den Verkäufer, unter Strafdrohung stellte. Erlaubt und ungesühnt blieben also die zahlreichen Fälle, in denen zur Umgehung des Koppelungsverbotes der Käufer von sich aus die Koppelung anregte.

2. Hierin ist grundsätzlicher Wandel geschaffen worden durch die Verordnung zur Verbilligung des Warenverkehrs v. 29. Okt. 1937, welche die jetzt gültige Regelung des allgemeinen gesetzlichen Koppelungsverbotes enthält. Danach ist einmal die Abgabe von Lebens- oder Futtermitteln im Koppelungsgeschäft schlechthin verboten. Das Koppelungsverbot ist also nicht mehr auf den Kleinverkauf beschränkt, sondern erstreckt sich auf sämtliche Wirtschaftsstufen vom Erzeuger über den Großverteiler bis zum Kleinverteiler. Auch die Verkaufsvermittler sind zur Vermeidung von Umgehungshandlungen durch ausdrückliche Gesetzesvorschrift (§ 1 Abs. 3 a. a. O.) in das Koppelungsverbot einbezogen worden; denn der Vermittler verkauft in der Regel Waren verschiedener Auftraggeber, so daß bei den einzelnen Auftraggebern ein Koppelungsgeschäft nicht vorliegen würde (Pfundtner-Neubert, „Das neue Deutsche Reichsrecht", III e 13, S. 140).

Aber auch in anderer Beziehung geht die VO. zur Verbilligung des Warenverkehrs erheblich über die frühere VO. v. 30. Dez. 1935 hinaus: Es ist nämlich nicht mehr nur die Abgabe von Lebens- oder Futtermitteln im Koppelungsgeschäft verboten, sondern es ist nach § 1 Abs. 2

> „ferner verboten: Zur Erreichung der Abgabe bestimmter Arten von Lebens- oder Futtermitteln andere Lebens- oder Futtermittel oder andere Waren abzunehmen, ihre Abnahme zu versprechen oder in Aussicht zu stellen".

Damit ist nunmehr auch die Koppelung von seiten des Abnehmers (Käufers) verboten und strafbar. Verboten und strafbar sind ferner alle Umgehungshandlungen (§ 4), und für Zuwiderhandlungen sind nicht nur Ordnungsstrafen, sondern auch kriminelle Strafen (§ 5) angedroht.

3. Im einzelnen gilt hinsichtlich des Koppelungsverbotes der VO. v. 29. Okt. 1937 folgendes:

a) Die VO. betrifft nur die Ernährungswirtschaft, weil sie sich auf das Verbot der Koppelung von Lebens- und Futtermitteln beschränkt. Von der im § 7 VO. vorgesehenen Ermächtigung, das Verbot auch auf andere Waren auszudehnen, hat der Reichskommissar für die Preisbildung bisher keinen Gebrauch gemacht. Lebensmittel sind nach der Begriffsbestimmung des § 1 LebMittG. i. d. Fass. v. 17. Jan. 1936 (RGBl. I, 17) alle Stoffe, die dazu bestimmt sind, in unverändertem oder zubereitetem oder verarbeitetem Zustand von Menschen gegessen oder getrunken zu werden, soweit sie nicht überwiegend zur Beseitigung, Linderung oder Verhütung von Krankheiten bestimmt sind. Den Lebensmitteln stehen gleich Tabak, tabakhaltige und tabakähnliche Erzeugnisse, die zum Rauchen, Kauen oder Schnupfen bestimmt sind. Der Begriff „Lebensmittel" ist weit auszulegen. Es gehören dazu u. a. auch lebendes Schlachtvieh, Getreide, Zuckerrüben, Hefe, Backpulver, Gewürze, Kaffee, Limonadenessenzen, Konditorfarben, Konservierungsmittel usw. (Pfundtner-Neubert a. a. O.). — Futtermittel sind nach § 1 FuttermittelG. v. 22. Dez. 1926 (RGBl. I Nr. 69 v. 31. Dez. 1926) organische oder mineralische Stoffe oder Mischungen solcher Stoffe, die der Verfütterung an Tiere dienen und nicht überwiegend zur Beseitigung oder Linderung von Krankheiten bestimmt sind. Auch der Begriff „Futtermittel" ist weit auszulegen; u. a. gehört auch Futterkalk dazu.

b) Die einzelnen Tatbestände des verbotenen Koppelungsgeschäftes sind folgende:

α) Verboten ist zunächst ganz allgemein, die Abgabe von Lebens- oder Futtermitteln davon abhängig zu machen, daß gleichzeitig Lebens- oder Futtermittel anderer Art oder Güte oder

andere Waren abgenommen werden oder ihre Abnahme versprochen wird (§ 1 Abs. 1). Dieses Verbot betrifft die Koppelung von seiten des Verkäufers. Wenn die VO. auch von der Abgabe von Lebens- oder Futtermitteln schlechthin spricht, so ist doch klar, daß es sich in der Praxis immer nur um die Abgabe zeitweise oder dauernd verknappter Lebens- oder Futtermittel handelt, da die reichlich vorhandenen Lebens- oder Futtermittel nicht den für die Eignung als Lockmittel bei der Koppelung erforderlichen Seltenheitswert haben. Gegenstand des Koppelungsgeschäftes sind einmal die Abgabe von (verknappten) Lebens- oder Futtermitteln, zum andern die Koppelung dieser Abgabe mit Lebens- oder Futtermitteln anderer Art oder Güte oder mit anderen Waren. Während also das Abgabegeschäft auf Lebens- oder Futtermittel beschränkt ist, kann das mit der Abgabe gekoppelte Geschäft Waren jeglicher Art zum Gegenstand haben. In beiden Fällen handelt es sich um Lieferungen, die vom Abgeber (Verkäufer) ausgehen. Nicht erfaßt vom Koppelungsverbot der VO. v. 29. Okt. 1937 wird also das sog. Gegenlieferungsgeschäft, bei welchem die Abgabe knapper Lebens- oder Futtermittel davon abhängig gemacht wird, daß der Abnehmer seinerseits bestimmte Waren liefert oder Leistungen bewirkt. (Auf die für Gegenlieferungsgeschäfte getroffene Sonderregelung in der Getreidemarktordnung des Reichsnährstandes wird weiter unten noch eingegangen!) — In subjektiver Hinsicht verlangt § 1 Abs. 2 das Abhängigmachen der Abgabe von Lebens- oder Futtermitteln von der gleichzeitigen Abnahme oder dem Versprechen der gleichzeitigen Abnahme anderer Waren. Dieses Abhängigmachen kann ausdrücklich geschehen, indem der Verkäufer erklärt: „Ich verkaufe Dir (Abnehmer) die knappe Ware X. nur, wenn Du gleichzeitig die Ware Y. abnimmst oder abzunehmen versprichst." Dieser Fall des sog. offenen Koppelungsgeschäftes[1]) ist heute nicht mehr der häufigste, weil das Verbot des Koppelungsgeschäftes in dieser krassen Form denn doch allmählich in das Bewußtsein weitester Berufs- und Wirtschaftskreise gedrungen und durch die Veröffentlichung empfindlicher Bestrafungen nachdrücklich unterstrichen worden ist. Um so zahlreicher sind aber die heimlichen, verschleierten oder sonst irgendwie getarnten Koppelungsgeschäfte, die, soweit das Abhängigmachen stillschweigend, durch schlüssige Handlungen erfolgt, unter § 1 Abs. 1, im übrigen aber unter § 4 VO. fallen, wonach auch alle mittelbaren und unmittelbaren Umgehungshandlungen verboten und strafbar sind. Die Grenzen sind im einzelnen flüssig, und es ist praktisch ja auch bedeutungslos, ob ein Koppelungsgeschäft unter § 1 Abs. 1 oder unter § 4 VO. fällt. Wichtig ist allein, die Grenze zu finden, bis zu der ein Koppelungsgeschäft noch als erlaubt oder schon als verboten und strafbar anzusehen ist. Hier gibt der eingangs erwähnte Runderlaß des Reichskommissars für die Preisbildung v. 30. Juni 1938 wertvolle Hinweise. Danach liegt eine verbotene Koppelung oder eine nach § 4 VO. ebenfalls strafbare Umgehungshandlung insbesondere auch vor:

1. wenn knappe Ware mit anderer Ware zu Warengruppen zusammengestellt so feilgehalten wird, daß der Eindruck entstehen muß, die knappe Ware werde nur in der vorgenommenen Zusammenstellung abgegeben,
2. wenn bei Anbieten knapper Ware dem Käufer die Abnahme reichlich vorhandener Ware nahegelegt wird,
3. wenn den Käufern knapper Ware andere Ware angeboten wird, die der Lieferant neu in sein Verkaufsprogramm aufgenommen hat,
4. wenn knappe Ware auf die einzelnen Kunden nicht nach Maßgabe der Abnahme bei normaler Bedarfsdeckung, sondern entsprechend der jeweiligen Abnahme anderer Waren verteilt wird,
5. besonders verwerflich sind die Fälle, in denen Lieferanten knapper Ware minderwertige andere Ware, die sie billig eingekauft haben, zu Preisen feilbieten, die einer hochwertigen Ware entsprechen, in der Erwartung, daß der Käufer sie unbesehen mit abnimmt, um auch die knappe Ware zugeteilt zu erhalten. Dasselbe gilt, wenn ein Lieferant Ware, die er auf Grund besonderer Marktlage verbilligt einkauft, zu normalen Preisen gleichzeitig mit knapper Ware feilhält oder wenn ein Lieferant, der knappe Ware anzubieten hat, andere Ware Händlern, die keine Absatzmöglichkeiten dafür haben, anbietet.

In einem Zusatz zu diesem Runderlaß hat der Reichskommissar für die Preisbildung ausgeführt, daß „nahelegen" im Sinne der Ziff. 2 des Runderlasses dann vorliegt, wenn der Verkäufer das Angebot knapper Ware dazu benutzt, um seinem Angebot reichlich vorhandener Waren dem Käufer gegenüber Nachdruck zu verleihen. Ordnungsmäßige Werbung bleibt natürlich nach wie vor gestattet.

Als Umgehungshandlung ist es nach der ausdrücklichen Vorschrift in § 4 Satz 2 VO. ferner anzusehen, wenn die Abgabe von Lebens- oder Futtermitteln oder anderer Waren von der Ausführung von Werk- oder Dienstleistungen abhängig gemacht wird. Diese Vorschrift sprengt den Rahmen und das System des allgemeinen Koppelungsverbotes des § 1 insofern, als einmal die Abgabegeschäfte über Lebens- oder Futtermittel hinaus auch auf andere Waren erstreckt sind und als zum andern nicht nur die Koppelung mit Waren, sondern auch mit Werk- oder Dienstleistungen verboten und strafbar ist. Es ergibt sich daraus, daß das Verbot der Umgehungshandlungen des § 4 außerordentlich weit und streng auszulegen ist und daß in Zweifelsfällen nur angeraten werden kann, die Ausnahmegenehmigung des Reichskommissars für die Preisbildung oder der von ihm ermächtigten Stellen nach § 2 VO. nachzusuchen.

β) Die zweite große Gruppe der verbotenen Koppelungsgeschäfte ist die des § 1 Abs. 2 VO. v. 29. Okt. 1937, wonach es verboten ist, zur Erreichung der Abgabe bestimmter Arten von Lebens- oder Futtermitteln andere Lebens- oder Futtermittel oder andere Waren abzunehmen, ihre Abnahme zu versprechen oder in Aussicht zu stellen. Wie bereits oben ausgeführt, trifft diese Bestimmung die Koppelung von seiten des Käufers. Auch der Abnehmer einer bestimmten Art von Lebens- oder Futtermitteln macht sich also strafbar, wenn er seinerseits die Anregung zur Koppelung gibt, indem er gewisse, an sich reichlich vorhandene und von ihm nicht oder im Augenblick nicht benötigte Waren abnimmt oder abzunehmen verspricht, um auf diese Weise die Abgabe der von ihm begehrten, knappen Lebens- oder Futtermittel zu erreichen.

Diese Art von Koppelung kann von dem Käufer selbständig ausgehen, ohne daß der Verkäufer seinerseits irgendein Koppelungsgeschäft — sei es offen oder verschleiert — angeboten hat. Beispiel: Der Käufer A. schreibt an den Verkäufer B.: „Ich nehme dir 10 Pfd. Kaffee ab, wenn du mir 5 Pfd. Margarine mitlieferst." In diesem Fall ist nur der Käufer A. strafbar; die Koppelung ist vollendet mit dem Eingang des Schreibens bei B. B. ist straffrei, auch wenn er entsprechend dem Angebot des A. die Lieferung ausführt, es sei denn, daß A. und B. diese Art des Vorgehens zur Umgehung des Koppelungsverbotes verabredet haben, etwa, um wenigstens B. straffrei zu lassen.

Im Regelfall wird aber die Koppelung von seiten des Käufers mit einer Koppelung von seiten des Verkäufers verbunden sein. Der Verkäufer ist alsdann in Tateinheit strafbar einmal wegen eines selbständigen Vergehens gegen § 1 Abs. 1 VO., zum andern als Teilnehmer (Anstifter oder Mittäter) des Vergehens des Käufers gegen § 1 Abs. 2.

c) Der Versuch der Koppelung ist in der VO. nicht ausdrücklich erwähnt. Er wäre also nach allgemeinen Strafrechtsgrundsätzen (§ 43 Abs. 2 StGB.) nicht strafbar. § 5 VO. stellt aber alle Zuwiderhandlungen gegen das Koppelungsverbot schlechthin unter Strafdrohung, und der oben wiedergegebene Runderlaß des Reichskommissars für die Preisbildung v. 30. Juni 1938 läßt erkennen, daß auch bloße Ver-

[1]) Im wettbewerbsrechtlichen Sinne versteht man hierunter noch etwas anderes; vgl. besonders Eulemann, „Koppelungsgeschäfte", Leipzig 1937, und ders. in der Anm. zum Urteil des SchöffG. Frankfurt a. M. v. 3. Nov. 1936: JW. 1937, 186.

suchshandlungen von dem Verbot erfaßt werden sollen (Ziff. 1 des Runderlasses: Zusammenstellung zu Warengruppen in einer Art, daß der Eindruck entstehen muß, die knappe Ware werde nur in der Zusammenstellung mit anderen Waren abgegeben). Auf alle Fälle werden aber die Versuchshandlungen regelmäßig als Umgehungshandlungen strafbar sein, wenn nicht sogar im Einzelfall der Gesichtspunkt der Anstiftung zu dem vom Käufer begangenen Verstoß gegen § 1 Abs. 2 VO. durchgreift.

4. Die Folgen von Zuwiderhandlungen sind einmal strafrechtlicher, zum anderen bürgerlich-rechtlicher Art.

In strafrechtlicher Beziehung droht § 5 VO. bei vorsätzlichen oder fahrlässigen Zuwiderhandlungen Gefängnis oder Geldstrafe (in unbegrenzter Höhe) oder beide Strafen nebeneinander an. Die Zuwiderhandlungen sind also strafrechtlich als Vergehen anzusehen (§ 1 Abs. 2 StGB.), was die große Bedeutung kennzeichnet, welche der Gesetzgeber dem Koppelungsverbot beimißt. Um so größer sollte das Bestreben aller beteiligten Wirtschaftskreise sein, unbedingt auch jeden Anschein eines verbotenen Koppelungsgeschäftes zu vermeiden. Die verantwortlichen Stellen haben keinen Zweifel darüber gelassen, daß sie die Strafbestimmungen der VO. v. 29. Okt. 1937 in Zukunft schärfstens anwenden werden. — Die Strafverfolgung tritt nur auf Antrag ein. Antragsberechtigt sind außer dem Reichskommissar für die Preisbildung die Preisüberwachungsstellen, also in Preußen und Bayern die Regierungspräsidenten, in Berlin der Polizeipräsident, im Saarland der Reichskommissar für das Saarland, in Hamburg die Behörde für Wirtschaft und in den übrigen Ländern die obersten Landesbehörden. An Nebenstrafen sind vorgesehen: die Einziehung des erzielten Entgelts der Gegenstände, auf die sich die strafbare Handlung bezieht, und die öffentliche Bekanntmachung des Urteils. Außerdem kann die Betriebsschließung verfügt und den schuldigen Einzelpersonen die weitere Tätigkeit auf dem betreffenden Gebiet untersagt werden. Diese letzte Maßnahme bedeutet praktisch meistens die völlige Existenzvernichtung für den davon Betroffenen. Sie wird daher nur nach besonders gründlicher Prüfung in besonders schweren Fällen verhängt werden. Sie sollte aber andererseits alle am Wirtschaftsverkehr Beteiligten nachdenklich stimmen und zur peinlichen Beachtung des Koppelungsverbotes veranlassen. — Außer dem kriminellen Strafrecht besteht weiterhin das Ordnungsstrafrecht der Preisüberwachungsstellen, wie es die VO. v. 30. Dez. 1935 bereits vorgesehen hatte. Der Strafrahmen ist aber bedeutend erhöht worden, indem Ordnungsstrafen nicht mehr nur bis zu 1000 *RM* im Einzelfall, sondern in unbegrenzter Höhe verhängt werden können. Kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift[2]) kann die Ordnungsstrafe zwar nur an Stelle, nicht neben der kriminellen Strafe verhängt werden[3]). Sie kann aber auch noch dann verhängt werden, wenn ein Strafantrag zwar gestellt, später aber wieder zurückgenommen worden ist.

In bürgerlich-rechtlicher Beziehung fragt es sich, ob und inwieweit die unter Verstoß gegen das Koppelungsverbot zustande gekommenen Rechtsgeschäfte gültig sind oder nicht. In Betracht kommt das Rechtsgeschäft über die vom Käufer begehrte Ware und das Rechtsgeschäft über die damit gekoppelte Ware. — Zweifellos ist das Verbot der VO. v. 29. Okt. 1937 ein gesetzliches Verbot nach § 134 BGB. Die unter Verletzung dieses Verbotes geschlossenen Rechtsgeschäfte sind daher grundsätzlich als nichtig anzusehen. Diese Nichtigkeit trifft an sich auch das über die begehrte Ware geschlossene Rechtsgeschäft, und dessen Gültigkeit kann auch nicht aus § 139 BGB. hergeleitet werden, da eben nicht anzunehmen ist, daß das begehrte Geschäft auch ohne das gekoppelte Geschäft abgeschlossen worden wäre; denn mindestens eine der Vertragsparteien hat ja die Koppelung gerade — sei es offen oder verschleiert — zum Gegenstand ihrer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung gemacht. Diese Folge ist aber volkswirtschaftlich höchst unerwünscht, ja schädlich, da sie den ordnungsgemäßen Ablauf der Warenbewegung hindert, den Güteraustausch lähmt, zu Absatzstockungen führt und deshalb den Zwecken des Vierjahresplanes zuwiderläuft. In entsprechender Anwendung der bereits zur Höchstpreisgesetzgebung des Krieges[4]), zum Abzahlungsgesetz[5]), zur PreisstopVO.[6]) und zum Lieferungsrecht des Reichsnährstandes[7]) entwickelten Rechtsgedanken muß vielmehr angenommen werden, daß sich aus der VO. v. 29. Okt. 1937 der Wille des Gesetzgebers ergibt, zwar das gekoppelte Geschäft unter allen Umständen für nichtig zu erklären, das Geschäft über die begehrte Ware aber bei Bestand zu lassen, da nur so der Zweck der VO. zur Verbilligung des Warenverkehrs (s. die Überschrift der VO.!) erreicht werden kann. Würde auch das begehrte Geschäft zerschlagen werden, so würde im großen gesehen die oben geschilderte, volkswirtschaftlich untragbare Behinderung des Güterumlaufs und -austausches eintreten, die in ihren letzten Auswirkungen preisverteuernd wirken und damit den Zielen der Koppelungsgesetzgebung unmittelbar zuwiderlaufen würde. Die Nichtigkeit des begehrten Geschäftes nach § 134 BGB. tritt also nicht ein, da sich „aus dem Gesetz ein anderes ergibt".

5. Nach § 2 VO. v. 29. Okt. 1937 kann der Reichskommissar für die Preisbildung oder die von ihm ermächtigte Stelle im Falle eines dringenden wirtschaftlichen Bedürfnisses für den Verkehr mit einzelnen Arten von Lebens- oder Futtermitteln Ausnahmen vom Koppelungsverbot zulassen. Die Ausnahmebewilligung kann allgemein erteilt oder auf den Einzelfall abgestellt werden; immer kann sie sich aber nur auf einzelne Arten von Lebens- oder Futtermitteln beziehen, eine allgemeine Ausnahme von dem gesamten Koppelungsverbot ist nicht möglich. Die Ausnahmebewilligung kann nur im Falle eines dringenden wirtschaftlichen Bedürfnisses erteilt werden. Hierunter ist nicht das private, eigenwirtschaftliche Bedürfnis des betreffenden Wirtschafters, sondern das volkswirtschaftliche, gesamtwirtschaftliche Bedürfnis zu verstehen. Ohne ausdrückliche Ausnahmebewilligung ist jedes Koppelungsgeschäft strafbar, und es kann nicht dringend genug davor gewarnt werden, eigenmächtig Koppelungsgeschäfte abzuschließen in der Erwartung, daß das Vorliegen eines wirtschaftlichen Bedürfnisses im Ernstfall schon anerkannt werden würde. Die Entscheidung hierüber muß vielmehr unter allen Umständen dem Preisbildungskommissar oder den von ihm ermächtigten Stellen überlassen werden.

Eine wichtige Ausnahme von dem Koppelungsverbot für Futtermittel hat der Reichskommissar für die Preisbildung kürzlich durch den Runderlaß v. 15. Aug. 1938 (II 135 — 9364) ausgesprochen, wonach es bis auf weiteres für alle Wirtschaftsstufen erlaubt ist, die Abgabe von verbilligtem Auslandsmais von der gleichzeitigen Abnahme von Zuckerschnitzeln und Kartoffelflocken abhängig zu machen. Diese Ausnahmebewilligung, die auf Grund des § 2 VO. v. 29. Okt. 1937 erteilt worden ist, entspringt staatspolitischen Notwendigkeiten und entspricht einem dringenden volkswirtschaftlichen Bedürfnis. Es soll erreicht werden, die deutsche Landwirtschaft in ihrer Futterwirtschaft in zunehmendem Maße auf den Verbrauch der reichlich vorhandenen und im Inland erzeugten Zuckerschnitzel und Kartoffelflocken umzustellen. Alsdann ist es nicht mehr nötig, in so großem Umfange wie bisher Futtermais aus dem Ausland einzuführen. Die dadurch freiwerdenden Devisen können für andere Zwecke (Weizeneinfuhr!) verwandt oder überhaupt eingespart werden. Gleichzeitig wird der deutsche Futtermittelmarkt in noch stärkerem Maße als bisher unabhängig vom Ausland.

III. Ein allgemeines Verbot von Koppelungsgeschäften ergibt sich auch aus der PreisstopVO. v. 26. Nov. 1936, wonach es verboten ist, die Zahlungs- und Lieferungsbedin-

[2]) § 5 Abs. 3 der VO. v. 29. Okt. 1937 in Verbindung mit § 4 Abs. 3 PreisstopVO. v. 26. Nov. 1936 (RGBl. I, 955) und § 15 der VO. über Preisüberwachung v. 11. Dez. 1934 (RGBl. I, 1245).

[3]) Die Streitfrage, ob nicht grundsätzlich das Ordnungsstrafrecht selbständig neben dem kriminellen Strafrecht besteht, ist damit in diesem besonderen Fall durch ausdrückliche Rechtsvorschrift entschieden.

[4]) RGZ. 88, 250 = JW. 1916, 1021; RGZ. 89, 198 = JW. 1917, 354.

[5]) RGZ. 136, 137 = JW. 1932, 2708[6].

[6]) Moschel: JW. 1938, 1227; Müller: JW. 1938, 1860.

[7]) Baath: RdNR. 1936, 885 ff., 886; Bette: JW. 1937, 2559.

gungen zum Nachteil der Abnehmer zu verändern (§ 1 Abs. 2), und wonach auch sämtliche mittelbaren oder unmittelbaren Umgehungshandlungen verboten sind (§ 2). In den meisten Fällen bedeutet die Koppelung knapper Ware mit anderer Ware eine Schlechterstellung des Abnehmers. Die Zahlungsbedingungen werden für ihn verschlechtert, indem er außer der begehrten knappen Ware auch andere Waren abnehmen und bezahlen muß, so daß mittelbar die knappe Ware im Preise verteuert wird. Aber auch die Lieferungsbedingungen werden zum Nachteil des Abnehmers verändert, indem er die nicht begehrte Ware bei der Abnahme der begehrten Ware mit durchschleppen muß und dadurch eine zusätzliche Belastung bei der Abwicklung des Abnahmegeschäftes erfährt. Das verbotene Koppelungsgeschäft bedeutet also in den meisten Fällen auch einen Verstoß gegen das Preiserhöhungsverbot der VO. v. 26. Nov. 1936. Strafrechtlich handelt es sich m. E. aber um einen Fall der sog. Gesetzeskonkurrenz, weil die VO. zur Verbilligung des Warenverkehrs bereits sämtliche Tatbestandsmerkmale dieser verbotenen Preiserhöhung enthält und als Sonderregelung des Koppelungsverbotes den Vorrang vor dem Koppelungsverbot der PreisstopVO. hat.

IV. Weitere Koppelungsverbote sind in zahlreichen Sondervorschriften der Ernährungswirtschaft enthalten, vor allem auf dem Gebiet der Getreidemarktordnung des Reichsnährstandes. Ich verweise auf die Anordnung der Hauptvereinigung der deutschen Getreide- und Futtermittelwirtschaft v. 1. Juli 1938 betr. Bestimmungen für das Getreidewirtschaftsjahr 1938/1939 (RNWBl. 1938, 215 ff.), wonach es verboten ist, den An- und Verkauf von Brotgetreide, Futtergetreide oder Kleie von der gleichzeitigen Abnahme oder Lieferung anderer Waren oder von irgendwelchen sonstigen Bedingungen abhängig zu machen (Abschnitt I Ziff. 12 und 20; Abschnitt II Ziff. 26 der genannten Anordnung). Diese Koppelungsverbote gehen über das allgemeine Koppelungsverbot der VO. v. 29. Okt. 1937 noch hinaus, indem sie auch die sog. Gegenlieferungsgeschäfte untersagen, das sind Geschäfte, bei denen die Abnahme bestimmter Waren von der Lieferung anderer Waren abhängig gemacht wird.

Die Koppelungsverbote der Getreidewirtschaft sind von der Hauptvereinigung der deutschen Getreide- und Futtermittelwirtschaft in Berlin erlassen worden, welche als Körperschaft des öffentlichen Rechtes die Marktordnung auf ihrem Gebiet nach den Grundsätzen der Selbstverwaltung unter der ständischen Führung des Reichsnährstandes und unter staatlicher Aufsicht durchzuführen hat. Die Koppelungsverbote der Hauptvereinigung gelten nur für die Mitglieder der Getreidewirtschaftsverbände, also für die Erzeuger, Be- und Verarbeiter und Verteiler von Getreide, Hülsenfrüchten und Erzeugnissen hieraus sowie von Futtermitteln und Stroh. Für diesen Personenkreis haben die Koppelungsverbote aber auch Gültigkeit, soweit sie über das allgemeine Koppelungsverbot der VO. v. 29. Okt. 1937 hinausgehen (Gegenlieferungsgeschäfte!).

Für Zuwiderhandlungen gegen die getreidewirtschaftlichen Koppelungsverbote droht die Anordnung der Hauptvereinigung v. 1. Juli 1938 Ordnungsstrafen an, die von der Hauptvereinigung selber oder von den zuständigen Getreidewirtschaftsverbänden verhängt werden können. Soweit sich die Koppelungsverbote der Getreidewirtschaft mit dem allgemeinen Koppelungsverbot der VO. v. 29. Okt. 1937 decken, trifft das Ordnungsstrafrecht der getreidewirtschaftlichen Zusammenschlüsse mit dem Ordnungsstrafrecht des Reichskommissars für die Preisbildung zusammen. Das Ruhen des Ordnungsstrafrechts der Zusammenschlüsse für diese Fälle ist nicht ausdrücklich angeordnet[8]). Nach Abschnitt VIII Ziff. 3 der Anordnung der Hauptvereinigung v. 1. Juli 1938 bleibt aber das Ordnungsstrafrecht des Reichskommissars für die Preisbildung unberührt. Es ist daher anzunehmen, daß die getreidewirtschaftlichen Zusammenschlüsse von ihrer ihnen anordnungsgemäß gegenüber ihren Mitgliedern zustehenden Ordnungsstrafbefugnis solange und insoweit keinen Gebrauch machen werden, als ihr Ordnungsstrafrecht mit dem Ordnungsstrafrecht des Reichskommissars für die Preisbildung oder der von ihm ermächtigten Preisüberwachungsstellen zusammentrifft. —

[8]) Anders § 2 der VO. über Ordnungsstrafen bei Überschreitungen von Preisfestsetzungen für Lebensmittel v. 4. Sept. 1935 (RGBl. I, 1135).

Schrifttum

Deutsche Reichspost und Staatshoheit. Aufsätze und Vorträge von Dr.-Ing. E. H. W. Ohnesorge, Reichspostminister. (Post und Telegraphie in Wissenschaft und Praxis, Band 8.) Berlin 1938. R. v. Deckers Verlag, G. Schenk. 136 S. Preis geb. 2 *RM*.

Das Buch erörtert ein interessantes Teilgebiet aus dem Staatsrecht, nämlich die Stellung der Deutschen Reichspost (DRP.) im Staat und in der Gemeinschaft. Die einzelnen Abschnitte des Buches werden durch Aufsätze und Vorträge des Reichspostministers aus der Zeit von April 1937 bis April 1938 gebildet, deren ursprüngliche Aktualität und Lebendigkeit auch in der Buchform erhalten bleiben. Durch die Einfügung von einigen Anmerkungen, Literaturnachweisen und Hinweisen auf Gerichtsentscheidungen wurde die Bedeutung der ganzen Abhandlung für die wissenschaftliche Verarbeitung und als praktisches Mittel einer schnellen und soliden Information noch weiter erhöht.

Der Vortrag „Staatshoheit und DRP. im Dritten Reich" zeigt eine Gegenüberstellung der nationalsozialistischen Auffassung vom Wesen und der Führung der DRP. und der Ansicht, die während der Systemzeit auf diesem Gebiete vertreten wurde. Damals wurde nämlich die DRP. als privatrechtlicher Unternehmerbetrieb betrachtet, der weitgehend unter Einfluß und Leitung der „Wirtschaft" stehen sollte. So war es nicht möglich, bei Übernahme der DRP. durch den Nationalsozialismus an das „bestehende Alte" anzuknüpfen. Vielmehr fand ein völlig neuer Aufbau nach Idee, Haltung und Führung statt, wodurch das äußere Gesicht ebenso wie der innere Gehalt der DRP. umgestaltet wurden. Insbes. ist die Erkenntnis von ausschlaggebender Bedeutung, daß es sich um eine ausschließlich politische Frage handelt, ob das Postwesen vom Staate verwaltet, oder aber der privaten Hand überlassen werden soll.

Über die „Rechtsstellung der DRP." macht der Minister Ausführungen, wonach sich die Beantwortung dieser Frage aus einer Reihe von verschiedenen Gesetzen ergibt. Auch in diesem Zusammenhang wird ausdrücklich festgestellt, daß die Verwaltung der DRP. eine Hoheitsverwaltung des Reiches, und zwar ungeteilt und einheitlich, ist.

In einem starken Staat kann die Post nicht zum Bereich der privaten Wirtschaft gehören. Diese Erkenntnis geht durch das ganze Buch hindurch und wird unwiderleglich im Rahmen eines Aufsatzes zum Thema „Nachrichtenpolitik" bewiesen.

Die Nachrichtenpolitik gehört danach zur Staatspolitik als ein Teil von ihr und folgt auch den weltanschaulichen Grundsätzen, die für die allgemeine Politik maßgebend sind. Daher kann die DRP. nicht die privatwirtschaftliche Aufgabe haben, als Einnahmequelle zu dienen, sondern sie erfüllt ihre hoheitlichen Aufgaben ohne Rücksicht auf Gewinn. Dies zeigt sich z. B. darin, daß die Post auch Dienstzweige zu unterhalten hat, die sogar dauernde Zuschüsse erfordern, wie etwa der Postzeitungsdienst und die Kraftpostlinien.

Unter dem Thema „Wege zu einem neuen Postbenutzungsrecht" spricht sich der Minister in einem Artikel dafür aus, daß das Benutzungsrecht der DRP. unter Loslösung vom bürgerlichen Recht unter Vermeidung der Begriffe des letzteren als ein besonderer Teil der allgemeinen — öffentlichen — Rechtsordnung ausgebildet werde. Ein kommendes Gesetz habe hier die Aufgabe, durch eindeutige und klare Bestimmungen alle Zweifelsfragen zu beseitigen, die aus der theoretischen Streitfrage „Öffentliches Recht oder Privatrecht" bisher erwachsen sind. Dr. Ohnesorge veröffentlicht hier auch Leitsätze, auf denen sich ein künftiges Postbenutzungsrecht aufbauen soll.

Auf die „Bestimmung der Deutschen Reichspost" wurde in einem Vortrage hingewiesen. Es heißt hier, daß die DRP. immer ihre Aufgabe darin gesehen habe, der Nachrichtenübermittlung, d. h. dem Gedankenaustausch innerhalb der Volksgemeinschaft und

von Volk zu Volk die neuesten und besten technischen Einrichtungen zu bieten.

Wenn die DRP. auch nicht zur Wirtschaft gehört, so berücksichtigt sie doch weitgehend die Belange der Wirtschaft (vgl. „Die Bedeutung der DRP. für die deutsche Wirtschaft" — Aufsatz). Wie im einzelnen dargelegt wird, macht sich der Einfluß des Nachrichtenwesens auf die Wirtschaft in mehrfacher Hinsicht geltend.

Weitere Beiträge behandeln „Die Post im Reichs- und Weltverkehr", die „Modernisierung und Motorisierung bei der Deutschen Reichspost", „Die Deutsche Reichspost und das Land" und schließlich „Die Deutsche Reichspost im Jahre 1937". Unter der zuletzt genannten Überschrift ist von den organisatorischen Änderungen die Rede, die im Jahre 1937 Gestalt und Wesen der DRP. grundlegend geändert haben. So wird die Aufhebung der bisherigen Personalunion zwischen Reichspost- und Reichsverkehrsministerium besprochen, ferner die Aufhebung des sogenannten Wirtschaftserlasses aus dem Jahre 1925 (der in der Post ein Wirtschaftsunternehmen sah, dessen Aufgabe es sein sollte, sich immer mehr der allgemeinen Wirtschaft einzugliedern). Das Buch schließt mit einer Übersicht der Gesetzgebung auf dem Gebiete des Postwesens in den Jahren 1937 und 1938.

Diese Buchveröffentlichung bedeutet eine von berufenster Seite über die Deutsche Reichspost im nationalsozialistischen Staat und ihre Aufgaben in der Gemeinschaft erfolgte Klarstellung, die für die Rechtspraxis von grundsätzlicher Bedeutung ist.

Dr. Zeller, Berlin.

Dr. Carl-Hermann Müller, ObRegR. im Reichswirtschaftsministerium: Grundriß der Devisenbewirtschaftung. Berlin-Wien 1938. Industrieverlag Spaeth & Linde. 356 S. Preis geb. 8,50 *RM*, brosch. 7 *RM*.

Mit diesem Werk bringt der Verfasser, der als Oberregierungsrat im Reichswirtschaftsministerium in ganz besonderem Maße mit dem Devisengebiet vertraut ist, als erster eine systematische Darstellung der gesamten deutschen Devisenbewirtschaftung. In Ergänzung der beiden großen Kommentare von Hartenstein und von Flad-Berghold-Fabricius will es „in erster Linie ein Lesebuch sein, das den Laien in das Gebiet einführt, darüber hinaus aber auch beim Fachkenner das Verständnis vertiefen hilft, indem es die Linien seines Fachgebiets klärt und vereinfacht". In möglichster Kürze und systematischer Einordnung aller Einzelheiten in den großen Zusammenhang unterrichtet das Werk über die drei seit 1931 erlassenen Devisengesetze, die dazu ergangenen etwa 50 Durchführungs-, Änderungs- und Richtlinienverordnungen und die wohl 500 zur Zeit noch in Kraft befindlichen Runderlasse, durch die auf empirischen Wegen der gesamte Zahlungsverkehr mit dem Auslande erfaßt wurde. Damit trägt das Buch in dankenswertester Weise zur Klärung und Vereinfachung des Devisensystems bei, erleichtert das Verständnis und die Mitarbeit aller Beteiligten, und hilft hierdurch, den Bürokratismus, „einem der größten Feinde der Wirtschaft", und „seine schlimmste Wurzel, die Kompliziertheit", zu beseitigen.

Der erste Teil gibt zunächst einen Überblick über die Ursachen, die zur Weltwirtschaftskrise, zur privaten Auslandsverschuldung Deutschlands in Höhe von etwa 30 Milliarden *RM* Ende 1930 und schließlich zur Devisenbewirtschaftung führten, weil trotz aller Vorstellungen die Auslandskredite weiter überstürzt abgerufen und allein in der Zeit v. 1. Jan. bis 30. Juli 1931 5,25 Milliarden *RM* abgezogen wurden, die Reichsbank also, da der Ausfuhrüberschuß in diesem Zeitraum nur 1 Milliarde betrug, 4 Milliarden aus dem Goldbestand und den Devisenguthaben der deutschen Banken, davon 1 Milliarde allein aus eigenem Bestand hergeben mußte. — Im zweiten Kapitel wird dann eingehend der zwischenstaatliche Zahlungsverkehr erörtert, insbesondere das Wesen des Transfer, der Begriff und die Bewertung der Devise, die zwischenstaatliche Zahlungsbilanz und ihr Ausgleich.

Der zweite Teil bringt das gesamte Devisenrecht, seine Rechtssätze, seine Wirkung auf Inländer und Ausländer und den zwischenstaatlichen Zahlungsverkehr, seine geldwirtschaftliche Bedeutung.

Der dritte Teil behandelt die Devisenbewirtschaftung im engeren Sinne, d. h. den Teil der Devisenbewirtschaftung, der sich nicht in Form der Gesetzgebung vollzieht, sondern als Regierungs- und Verwaltungsaufgabe mit dem dafür geschaffenen Instrument des Devisenrechts. Hier werden der Kapitalverkehr im einzelnen, wie Fälligkeiten, Tilgung, Anlage und Auflösung der Sperrmark, der Warenverkehr mit seinem Verrechnungs- und Zahlungsabkommen, der Dienstleistungs-, der Reiseverkehr dargelegt, und schließlich die Ergebnisse der Devisenbewirtschaftung (Devisenpolitik).

Eine ausführliche Inhaltsangabe, ein umfangreiches Sachregister und die Verzeichnisse über die gegenwärtig geltenden Durchführungsverordnungen, die Devisenstellen, Devisenzweigstellen und Überwachungsstellen ermöglichen die Benutzung des Buches als Nachschlagewerk, das forthilft auf den Wegen entschlossener Vereinfachung und Entbürokratisierung der deutschen Devisenwirtschaft zu neuen Formen des zwischenstaatlichen Handelsverkehrs.

RA. u. Notar Dr. jur. et rer. pol. Hugo Dietrich, Berlin.

RegR. a. D. Dr. jur. W. Flad, RegR. G. Berghold, RegR. Dr. jur. H. Fabricius: Das neue Devisenrecht. Sammlung der devisenrechtlichen Bestimmungen. Berlin 1938. Verlag Franz Vahlen. 9. und 10. ErgänzLief. je 73 Bl. Preis des Grundwerks einschließlich 1.—10. Ergänzungslieferung und 2 Loseblatt-Einbanddecken in Leinen (Bd. I und II) 28 *RM*.

ORegR. Gerhard Erich Fromm, Mitglied beim Reichsaufsichtsamt für Privatversicherung: Versicherungs- und Bausparkassen-Aufsichtsgesetz. Die Änderungen vom 5. März und 19. Nov. 1937 mit ausführlichen Erläuterungen und dem Gesamtabdruck des Gesetzes. München und Berlin 1938. C. H. Becksche Verlagsbuchhandlung. XXVII, 350 S. Preis geb. 8,50 *RM*.

Der auf dem Gebiete des Versicherungs-Aufsichtsrechts besonders erfahrene und durch frühere Veröffentlichungen bekannte Verf. hat jetzt das VersAufsG. in seiner neuen Fassung herausgegeben und zugleich die neugefaßten Vorschriften und Abschnitte erläutert. Das VerAufsG. ist im Laufe der letzten Zeit in wesentlichen Teilen der Änderung und Erweiterung unterworfen und ferner auch durch Ausführungsvorschriften ergänzt worden, so daß die Herausgabe eines vollständigen Kommentars zum VersAufsG. sehr nahe läge. Die Praxis hätte ein nach der bewährten Methode des Verf. abgefaßtes Erläuterungswerk, das auf dem bisherigen Kommentar des Verf. zum VersAufsG. sich aufbauen würde, mit Freude begrüßt. Es ist indessen dem Verf. Recht zu geben, wenn er nach seinen Ausführungen im Vorwort den Zeitpunkt für eine Erläuterung des gesamten VersAufsG. noch nicht für gekommen hält. Um die Zeit bis zum Erscheinen eines solchen Werkes zu überbrücken, wird jedoch die jetzt vorliegende Ausgabe des VersAufsG. hervorragende Dienste leisten.

Das Buch enthält neben der auf den neuesten Stand gebrachten Fassung des VersAufsG. zunächst gesondert die Fassung des einschneidenden AndG. v. 5. März 1937, der 2. DurchfVO. z. AktG. v. 19. Nov. 1937, der VO. über das Verbot von Preiserhöhungen v. 26. Nov. 1936 nebst der entsprechenden VO. für das private und öffentlich-rechtliche Versicherungswesen vom gleichen Tage sowie endlich die Richtlinien des RWiM. über die Bedürfnisprüfung. Besonders erwähnenswert ist, daß die Ausgabe auch bereits den Erlaß des RWiM. betr. Richtlinien über die zukünftige Arbeit der Bausparkassen enthält. Ferner sind im Wortlaut sonstige einschlägige Vorschriften des AktG., EinfG. z. AktG., der 1. VO. z. AktG., des BGB. und des GenG. enthalten.

Die Erläuterungen des Verf. zu den einzelnen gesetzlichen Bestimmungen beziehen sich auf die Änderungen auf Grund der VersAufsNov. v. 5. März 1937 und der 2. VO. z. AktG. vom 19. Nov. 1937. Sie sind außerordentlich reichhaltig ausgestaltet. Abgesehen davon, daß in den Erläuterungen der Sinn und Zweck der neuen Vorschriften hinreichend klargelegt wird, werden alle auftretenden Fragen den Bedürfnissen der Praxis entsprechend erschöpfend und gründlich behandelt. Die Erläuterungen sind klar und übersichtlich geordnet und gegliedert. Sie lehnen sich im Aufbau an den Wortlaut des Gesetzes an und werden durch eine Inhaltsübersicht zu jeder Vorschrift eingeleitet. Ein gutes Sachverzeichnis sowie eine einleitende Übersicht über die Entwicklung der Gesetzgebung erleichtern den Gebrauch.

Die Erläuterungen werden besonders bereichert durch zahlreiche Hinweise auf Entscheidungen und Anordnungen des Reichsaufsichtsamts für Privatversicherung und höchstrichterliche Urteile, wie überhaupt den erläuternden Ausführungen im wesentlichen die i. S. der aufsichtsbehördlichen Übung gebildete Auffassung zugrunde liegt, so daß das Werk insofern ganz besonders zu einem wertvollen Berater wird. Daß der Verf. für die Erläuterungen zu den Vorschriften des AktG. im wesentlichen das für Versicherungsunternehmungen Erforderliche hervorhebt und im übrigen aber auf die allgemeinen Kommentare zum Aktienrecht verweist, ist eine weise Beschränkung des immerhin ziemlich umfangreich ausgefallenen Werkes.

Das Buch kann den interessierten Kreisen in jeder Beziehung empfohlen werden.

Assessor Hans Kahlert, Berlin.

Dr. jur. Hans Detlev Fischer, Assessor: Gefälligkeitsfahrt und vorvertragliche Haftung. Beiträge zum Problem des fiktiven Vertrages. (Abhandlungen aus dem Kieler Seminar für deutsches Gemeinrecht Heft 2.) Heide-Holstein 1938. Westholsteinische Verlagsanstalt Boyens & Co. 89 S. Preis brosch. 4,80 *RM.*

Die anregenden Ausführungen Fischers behandeln die Verwendung von angenommenen Willenserklärungen zum Zwecke der Rechtsfindung[1]). Sie geben wertvollen Stoff zur Frage der Erneuerung der Begriffsbildungen und der Lösung von Tatbeständen, die durch die Gesetzgebung nicht erfaßt sind. Die alte Einteilung des Schuldrechts in Verträge und unerlaubte Handlungen kann der Wirklichkeit nicht gerecht werden. Zu den Zwischengebilden, die weder echte Verträge sind, noch durch die Bestimmungen über unerlaubte Handlungen befriedigend gedeckt werden, gehören die Gefälligkeitsfahrt und die Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß.

Das RG., das anfänglich die Haftung eines Fuhrwerkslenkers bei Mitnahme eines Gastes aus Gefälligkeit ohne Einschränkung ausgesprochen hatte, hat in seinem nächsten Urteil die Entscheidung des Berufungsgerichts, daß in solchen Fällen die Haftung aus § 833 BGB. „durch stillschweigendes Übereinkommen ausgeschlossen sei", gebilligt. Es hat dann später den Gedanken des Haftungsausschlußvertrages in den Vordergrund gerückt. Dieser wurde zunächst auf den Ausschluß der Gefährdungshaftung beschränkt, später auch auf leichte Fahrlässigkeit ausgedehnt, mit der Begründung, daß durch die Gefälligkeit ein stillschweigendes, unter Umständen nach Treu und Glauben sogar selbstverständliches Einverständnis angenommen werden müsse, den Gefälligen nicht aus dem Gefährdungsgesichtspunkt oder wegen leichter Fahrlässigkeit in Anspruch zu nehmen. Die Mannigfaltigkeit der Fälle, die zur Entscheidung des RG. kamen, ließen es aber später erkennen, daß man mit dieser Fassung zu weit gegangen war. Das RG. hat es daher abgelehnt, die Haftung des Gefälligen mit der Begründung eines stillschweigenden Haftungsausschlusses allgemein auf grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz zu beschränken. Es müssen weitere Umstände hinzutreten, wie Verleitung des Fahrers zum Trunke, Kenntnis der Betrunkenheit des Fahrers, ordnungswidrige Fahrweise u. a. m.

Eine Zeitlang hat das RG. auch den Begriff des Handelns auf eigene Gefahr verwendet, diesen aber wieder aufgegeben, da in der Einwilligung in eine möglicherweise auf der Fahrt eintretende Verletzung eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung zu erblicken sei, der neben dem Haftungsausschlußvertrag keine Eigenbedeutung eingeräumt werden könne.

Fischer kämpft gegen die Annahme eines stillschweigenden Haftungsausschlusses. Nun wird die Rechtswissenschaft ohne Krücken nicht völlig auskommen können, wie denn Vaihinger seine gesamte Lehre des Als ob darauf gegründet hat, daß das menschliche Denken der Annahmen nicht entbehren kann. So arbeitet denn auch das RG. auf zahllosen Gebieten mit Unterstellungen. Es kann sich nur fragen, ob sie für die Rechtsfindung weggelassen werden können. Das versucht der Verfasser nachzuweisen, indem er für die Gefälligkeitsfahrt den vermuteten Haftungsausschluß durch den Gesichtspunkt der Gefahrenübernahme ersetzt wissen will. Aber die Gefahrenübernahme kann man zunächst einmal als Einwilligung in die Verletzung, d. h. als Willenserklärung auffassen, wie es das RG. getan hat. Anderseits ist auch der Krückmannsche Lösungsversuch der Mitverursachung dem Begriff der Gefahrenübernahme verwandt. Jedenfalls scheint mir, wenn man die Gefahrenüberahme nicht als Willenserklärung gelten lassen will — was ich ebenfalls ablehne —, die Einreihung in das Gebiet der Verursachung immer noch naheliegender als die Aufstellung eines Rechtssatzes, der sich zwar weder aus dem Gesetz ergibt, noch gewohnheitlich nachzuweisen ist, der aber einer einheitlichen Rechtsüberzeugung entsprechen soll. Ob dies wirklich der Fall ist, ist mir zweifelhaft. Schon die wechselnde Haltung des RG. zur Frage des Verschuldens muß nachdenklich machen.

Gerade bei den Gefälligkeitsverhältnissen ist die Abwägung besonders schwer, da sie vom Gesetzgeber des BGB. nicht geregelt sind, obwohl damals bereits Jherings Bitte um den ersten Walzer ein klassisches Beispiel war. Wie man aber auch dazu stehen mag — der Verfasser hat mit Gründlichkeit die Lehrmeinungen behandelt —, man wird durch allgemeine Rechtssätze über die Abstufung der Haftung die Mannigfaltigkeit der Fragen, die sich bei der Gefälligkeitsfahrt ergeben, nicht einer einheitlichen Lösung zuführen können. Beifallswert bleibt auf alle Fälle der Versuch, die Rechtsfindung von der Krücke der Unterstellung eines stillschweigenden Haftungsausschlusses zu befreien.

Aber auch die Darlegungen über die Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß erfolgen von einer erfreulich hohen wissenschaftlichen Warte aus. Es trägt Verstand und rechter Sinn mit wenig Kunst sich selber vor. Mehr kann zum Lobe nicht gesagt werden, als daß man sich auch dort angeregt fühlt, wo man einzelne Auffassungen des Verfassers nicht teilt.

RA. Dr. K. Volkmann, Düsseldorf.

[1]) Fischer spricht von „Beiträgen zum Problem des fiktiven Vertrages". Die Benutzung des Fremdwortes fiktiv führt aber nur zur Unklarheiten. Das lateinische Wort fictio bedeutet Bildung, Gestaltung, Erdichtung, wie es sich noch heute in dem englischen Worte Fiction = Erzählung, Roman, Dichtung erhalten hat. Fiktive Verträge wären also im eigentlichen Wortsinn erdichtete oder angenommene Verträge. Die Rechtsprechung und auch Fischer verneinen nun durchweg die Vertragsnatur der Gefälligkeitsfahrt und der vorvertraglichen Verhandlungen. Fischer kämpft daher nur gegen die Annahme von Willensausdrücken, die zur Begründung einer Haftungsbeschränkung oder Haftungserweiterung herangezogen werden. Wenn auf S. 12 eine Stelle aus einem RG.-Urteil wiedergegeben wird, daß „diese Annahme als Fiktion die Entscheidung nicht zu tragen geeignet sei", so beweist diese Wortverdoppelung zur Genüge, daß man sich das Fremdwort Fiktion ersparen kann, weil die deutsche Fassung: Annahme, Unterstellung schärfer ist.

Ernst Rennebaum, RA., Fachanwalt für Steuerrecht in München, und Franz Zitzlaff, Reichsrichter am RFH., München: Die deutschen Doppelbesteuerungsverträge mit Erläuterungen und einer Übersicht über die Rechtsprechung zur beschränkten Steuerpflicht. München und Berlin 1938. J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). XI, 330 S. Preis geb. 10,80 *RM.*

Wie der Präsident des RFH. Mirre im Vorwort hervorhebt, hat das deutsche Schrifttum auf dem Gebiet des internationalen Steuerrechts sich bislang nur wenig betätigt. Insbes. fehlte eine zusammenfassende Darstellung des geltenden deutschen Doppelbesteuerungsrechts. Obwohl dieses Steuerrechtsgebiet unsystematisch ist, erfüllt die Schrift ein praktisches Bedürfnis. Im Abschnitt A werden grundsätzliche Fragen des Doppelbesteuerungsrechts, im Abschnitt B die Rechtsprechung des RFH. zum Rechte der beschränkten Steuerpflicht sowie der Doppelbesteuerungsverträge und im Abschnitt C die einzelnen Doppelbesteuerungsverträge erläutert.

Fragen der beschränkten Steuerpflicht, insbes. der Doppelbesteuerung, sind sehr häufig nur schwer zu entscheiden. Die Verfasser haben die Rechtsprechung des RFH. wohl fast lückenlos ausgewertet. Den Fachanwälten für Steuerrecht wird mittels dieser Schrift die Möglichkeit gegeben, Fragen des Doppelbesteuerungsrechts und der beschränkten Steuerpflicht nunmehr verhältnismäßig einfach zu lösen.

Unter anderem sind aus den vielen grundsätzlichen Fragen der Doppelbesteuerung erörtert, auf welche Personen die Doppelbesteuerungsverträge Anwendung finden, wie die praktische Durchführung der den Vertragsstaaten und deren Staatsangehörigen zustehenden Rechte gesichert sind, was bei der Besteuerung der Kapitaleinkünfte, insbes. der Einkünfte aus Beteiligung, zu beachten ist, usw.

Abschnitt B (Rechtsprechung des RFH.) ist eingehend gegliedert. Stichproben haben Sorgfältigkeit und Zuverlässigkeit der Darstellung ergeben. Die einzelnen Doppelbesteuerungsverträge (Abschnitt C) sind dem Wortlaut nach abgedruckt und mit ausreichenden Anmerkungen versehen. Ein Stichwortverzeichnis erleichtert den praktischen Gebrauch. Nach alledem muß die Schrift von Rennebaum-Zitzlaff den Fachanwälten für Steuerrecht zur praktischen Benutzung dringend empfohlen werden.

RA. Dr. Dr. Megow, Berlin, Fachanwalt für Steuerrecht.

Reinhardt-Vorträge auf der Salzburger Umschulungstagung. (Band 5 der Bücherei des Steuerrechts.) Berlin—Wien 1938. Industrieverlag Spaeth & Linde. 104 S. Preis kart. 1,60 *RM.*

Anfang Mai 1938 hat StSekr. Reinhardt auf der Umschulungstagung der Reichsfinanzverwaltung in Salzburg drei Vorträge gehalten, die als Generalrichtlinien für alle Reichsfinanzbeamten bezeichnet werden. Diese Vorträge liegen nunmehr in Band 5 im Druck vor, damit alle Fachanwälte für Steuerrecht, Steuerberater und Steuerpflichtigen mit den Generalrichtlinien, die für die Reichsfinanzbeamten gelten, vertraut gemacht werden. Der Vortrag 1 stellt die Rede auf dem Kameradschaftsabend dar. Aus ihr ist insbes. der Wille der Reichsfinanzverwaltung zu entnehmen, die Tätigkeit der Beamten volksnahe zu gestalten. „Unterlassen Sie stets alles, was geeignet sein könnte, Sie als volksfremd erscheinen zu lassen und Sie zum Bürokraten zu stempeln!"

Jeder Beamte im nationalsozialistischen Staat muß das Vertrauen der NSDAP. genießen.

Der Vortrag 2 setzt sich grundlegend mit der Beurteilung von steuerlichen Tatbeständen nach nationalsozialistischer Weltanschauung auseinander (§§ 1, 2 StAnpG.). In diesem Vortrage ist angekündigt, daß zur Ausfüllung der Lücke hinsichtlich der Erläuterungen zur RAbgO. demnächst in der Bücherei des Steuerrechts Bände durch Lehrer an Reichsfinanzschulen geschrieben werden, die den neuesten Stand der Auslegung der Vorschriften der RAbgO. darstellen. Auf die Notwendigkeit des Lesens der „Deutschen Steuer-Zeitung" durch die Beamten wird ebenfalls hingewiesen. Gerade der zweite Vortrag ist auch für die Fachanwälte für Steuerrecht von Bedeutung, weil hinsichtlich der Auslegung steuerrechtlicher Vorschriften noch sehr viel Zweifel bestehen. Hervorzuheben ist bei der Auslegung des § 1 Abs. 2 StAnpG. für den Begriff der „wirtschaftlichen Bedeutung" der Steuergesetze, daß hierunter die volkswirtschaftliche Bedeutung des einzelnen Steuergesetzes zu verstehen ist. Auch der Grundsatz, daß die Vertrags- und Gestaltungsfreiheit für das Steuerrecht gilt, ist erneut vom Staatssekretär anerkannt worden (S. 50). Natürlich darf mit Hilfe dieser Vertrags- und Gestaltungsfreiheit keine Steuerumgehung erfolgen.

Der Vortrag 3 betrachtet Wesen und Aufbau der Betriebsprüfung der Reichsfinanzverwaltung. Den Finanzbeamten wird nahe gelegt, möglichst häufig an Stelle eines langatmigen Schriftwechsels eine Betriebsbesichtigung vorzunehmen und sich mit den Vorgängen in dem Betrieb vertraut zu machen. Auch soll der Schriftverkehr durch mündliche Aussprache weitgehend ergänzt werden. Diese Generalrichtlinie ist zu unterstreichen. Sie gilt gleichzeitig aber auch für den Verkehr zwischen dem Fachanwalt für Steuerrecht und dem Steuerpflichtigen.

Die Aufgabe der Betriebsprüfung ist ausdrücklich auf diejenigen Dinge beschränkt, die steuerlich von Bedeutung sind. Die Betriebsprüfungseinrichtungen der Reichsfinanzverwaltung werden auch auf Österreich ausgedehnt werden. Die Frage, ob eine zuvorige Ankündigung der Betriebsprüfung bei den Unternehmen, die bekanntlich gesetzlich nicht vorgeschrieben ist, erforderlich ist, wird verneint, und zwar mit der Begründung (S. 79 ff.), daß gerade überraschende Betriebsprüfungen wiederholt zur Entdeckung von steuerlichen Unregelmäßigkeiten beigetragen haben. Das Recht der Reichsfinanzverwaltung, unangemeldet Betriebsprüfungen vorzunehmen, ist mit der Gesetzeslage vereinbar. Nur soweit im Einzelfall etwa die unangemeldete und plötzliche Betriebsprüfung die Grundsätze des billigen Ermessens verletzen sollte, würde von dem Steuerpflichtigen Aufschub der Betriebsprüfung erbeten werden können. Hier kann es sich nur um seltene Ausnahmefälle handeln. Selbstverständlich ist es den Betriebsprüfern nicht unbenommen, den Beginn der Betriebsprüfung vorher anzuzeigen oder auch in Einzelfällen einen auch für den Betrieb günstigen Zeitpunkt für die Betriebsprüfung zu vereinbaren. Die auf S. 79 ff. angeführten Beispiele lassen immerhin erkennen, daß es sich um kleinere Betriebe gehandelt hat, bei denen durch überraschende Betriebsprüfungen Unregelmäßigkeiten festgestellt wurden.

An dem Studium dieser Generalrichtlinien darf kein Fachanwalt für Steuerrecht vorübergehen, zumal diese Richtlinien als Verwaltungsanweisung anzusehen sein dürften.

RA. Dr. Dr. Megow, Berlin, Fachanwalt für Steuerrecht.

Dozent Dr. jur. habil. Hans Tägert: Die Geltendmachung des Drittschadens. (Abhandlungen aus dem Kieler Seminar für Deutsches Gemeinrecht, Heft 1.) Heide/Holstein 1938. Westholsteinische Verlagsanstalt und Verlagsdruckerei Boyens & Co. 56 S. Preis brosch. 4 *RM*.

Der Verf. beginnt die Abhandlung ähnlich, wie es Reinhardt in seiner Arbeit „Der Ersatz des Drittschadens" tut, indem er zunächst eine Anzahl von Beispielen aufzählt, an denen sich das Problem der Schadensliquidation im Interesse Dritter (SLD.) zeigt. Es handelt sich um die Fälle des Versendungskaufs, Inobhutgabe fremder Personen und Sachen, Fälle der Veräußerungskette und den Vermächtnis- und Kommissionsfall. Sodann werden die bisherigen Lösungsversuche geschichtlich dargestellt und mit den z. T. bekannten Begründungen kritisiert. Die Klarheit, mit welcher der Verf. die einzelnen Gruppen der älteren Lösungsversuche sieht, ist beachtlich, zumal er sich offenbar bemüht hat, für diese historische Darstellung möglichst wenig Raum zu verwenden. Zunächst wird der Versuch vom Gesichtspunkt des eigenen Schadens des Berechtigten (Zimmermann, Werner, auch Sibers Koinzidentinteresse) gestreift, dann wendet sich der Verf. dem Lösungsversuch der „Abtretung inhaltloser Ansprüche" (Fischer) zu, um schließlich auf die Ansicht einzugehen, die das Problem der SLD. dadurch meistern will, daß sie an die Stelle des subjektiven, auf die Änderung in den Vermögensverhältnissen des Gläubigers abstellenden Schadensbegriff einen solchen objektiver Art setzen will (Schmidt-Rimpler, Neuner). Endlich wird noch die rechtstechnische Möglichkeit berührt, durch „Verdinglichung des obligatorischen Anspruchs" eine Verstärkung der Rechtsstellung des D. herbeizuführen.

Sehr interessant sind die knappen Vergleiche zum englisch-amerikanischen und französischen Recht. Es wäre wünschenswert, wenn die Arbeit auch ausländischen Rechtswahrern Anregung geben würde, das Problem der SLD. eingehend vom Standpunkt des ausländischen Rechts zu untersuchen. Solche Untersuchung dürfte der Lösung dienende, rechtstechnische Hilfsmittel an die Hand geben.

Der Abhandlung Reinhardts (s. o.) wird ein besonderer Abschnitt gewidmet. Der Vorwurf, R. berücksichtige die Drittinteressen zu weitgehend, trifft wohl nicht ganz zu. Er mag für den Fall der Veräußerungskette stimmen, sonst aber wohl nicht. Der Umstand, daß dem Schadenseintritt in der Person des D. ein Nichteintreten von Schaden bei B. entspricht, läßt es nach Ansicht des Verf. zu einer „Gefahrverlagerung" kommen, die beim Vermächtnisfall und Versendungskauf in der Gefahrentlastung, bei der mittelbaren Stellvertretung im „Handeln im fremden Interesse" liegt. Aber schon bei dem Fall der „Inobhutgabe fremder Sachen" scheint die Lösung zu versagen, denn es wird auf ein Hilfsmittel, die Gefahrentlastungsbeziehung, zurückgegriffen. Ob der anerkennenswerte Versuch eine wirklich befriedigende Lösung bringt, erscheint zweifelhaft. Das mindert aber nicht den Wert der vorliegenden Arbeit. Eine gute Lösung wird sich wohl kaum finden lassen, eben weil die SLD. ein Notbehelf ist, der unsere in dieser Beziehung mangelhafte Rechtsordnung so gut wie möglich ergänzen soll. Untersuchungen, wie die von Tägert, sind geeignet, die Grundlagen für eine Neuordnung unseres Rechts auf diesem Gebiet zu schaffen, hierin liegt der nicht zu unterschätzende Wert der Abhandlung.

Dr. jur. utr. Werner Peterßen, Magdeburg.

JustInsp. Fritz Schubert, Freiburg i. Br.: Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte. Zweite, neubearb. Aufl. Berlin 1938. Verlag Walter de Gruyter & Co. 308 S. Preis geb. 5,50 *RM*.

Zunächst werden die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung dargestellt, dann das Verfahren im allgemeinen. Es folgt eine Sonderdarstellung der unpfändbaren oder nur beschränkt pfändbaren Forderungen, woran sich eine solche der Pfändung von Gesellschaftsrechten anschließt. Im Anfang werden Muster für Pfändungsbeschlüsse usw. gebracht.

Das Handbuch will die wichtigsten Vorschriften über die Forderungspfändung zweckmäßig zusammenfassen. Es bemüht sich die neueste Rspr. zu berücksichtigen. Es hofft nicht nur zur Einführung in die mit der Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte verbundenen Geschäfte des Rechtspflegers, sondern auch dem praktisch tätigen Rechtspfleger selbst willkommen zu sein. Die Musterbeispiele für die zu fassenden Beschlüsse sollen ein sicheres Arbeiten gewährleisten, daneben aber auch den mit der Bearbeitung von entsprechenden Anträgen beauftragten Bürovorstehern ein gutes Hilfsmittel sein.

Es kann erwartet werden, daß das Handbuch diesen Zwecken tatsächlich entspricht.

LGR. Dr. Fraeb, Hanau.

Das neue Deutsche Reichsrecht. Herausgegeben von StSekr. Pfundtner und RA. Dr. Neubert unter Mitwirkung von MinR. Dr. Medicus. Lieferungen 74—76. Berlin 1938. Industrieverlag Spaeth & Linde. Preis je Blatt 3 Rpf. zuzüglich Postgebühren.

Mit der Ende August 1938 erschienenen Lieferung 76 wird die Sammlung auf den Stand des RGBl. von Anfang August 1938 gebracht. Aus den letzten drei Lieferungen sind vor allem zu erwähnen: der Wortlaut des Ges. v. 6. Juli 1938 zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung sowie die Erläuterung des Ges. über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen v. 31. Juli 1938. D. S.

Das Ehegesetz v. 6. Juli 1938 nebst Durchführungsverordnung und amtlicher Begründung. Textausgabe mit Einleitung, Verweisungen und einem Anhang. Schweitzers blaue Textausgaben. Bearbeitet von Ernst Ludwig Rexroth, StA., und Heinrich Anz, LGR., beide im RJM. München u. Berlin 1938. J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). 207 S. Preis kart. 2,80 *RM*.

Rechtsprechung

Nachdruck der Entscheidungen nur auszugsweise und mit genauer Quellenangabe gestattet
[** Abdruck in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts. — † Anmerkung]

Strafrecht

Strafgesetzbuch

**** 1. RG. — §§ 20 a, 42 e StGB. Zum Begriff des gefährlichen Gewohnheitsverbrechers.**

Die Rev. der StA. rügt Verletzung der §§ 20 a, 42 e StGB., weil der Begriff „gefährlicher Gewohnheitsverbrecher" und die Bestimmung, „wenn es die öffentliche Sicherheit erfordert", verkannt seien. Sie ist begründet.

Gewohnheitsverbrecher ist eine Persönlichkeit, die infolge eines — auf Grund charakterlicher Veranlagung bestehenden oder durch Übung erworbenen — inneren Hanges wiederholt Rechtsbrüche begangen hat und zur Wiederholung neigt. Gefährlich ist ein Gewohnheitsverbrecher dann, wenn eine bestimmte Wahrscheinlichkeit dafür besteht, daß er auch in Zukunft weitere erhebliche Straftaten begehen wird. Ob diese Merkmale zutreffen, muß sich aus der Gesamtwürdigung von mindestens drei erheblichen Straftaten ergeben. Die öffentliche Sicherheit erfordert dann die Anordnung der Sicherungsverwahrung, wenn der Bestand der die öffentliche Sicherheit gewährleistenden Rechtsordnung auch im Zeitpunkt der Entlassung aus der Strafhaft voraussichtlich bedroht ist und eine wirksame Abhilfe auf andere Weise als durch Sicherungsverwahrung nicht zu erreichen ist (RGSt. 68, 149 ff. = JW. 1934, 1662[28] m. Anm.).

Nach diesen Gesichtspunkten hätte die StrK. die Taten des Angekl. und seine Persönlichkeit prüfen müssen. Dies ist aber nicht ausreichend geschehen.

Einmal fehlt in dem angefochtenen Urteil eine nähere Darstellung und Prüfung der früheren Straftaten des Angekl. in der Richtung, ob sich aus ihnen in Verbindung mit der neuen Straftat ein in der Persönlichkeit des Angekl. wurzelnder innerer Hang zur Begehung von Diebstählen ergibt. Die bloße Feststellung, daß er schon früher Diebstähle begangen hat, genügt nicht. Ein solcher Hang kann auch vorliegen, wenn die Diebstähle in einer Notlage oder in Ausnutzung einer besonderen Gelegenheit begangen sind. Denn auch der ist ein Gewohnheitsverbrecher, der in solchen Fällen, in denen andere andere Auswege finden, insbes. die Möglichkeiten benutzen, die die Volksgemeinschaft bedürftigen Volksgenossen zur Verfügung stellt, und die Verführung zur Begehung einer Straftat überwinden, einem ihm innewohnenden Hang zum Verbrechen nachgibt. Ferner fehlt eine eingehende Würdigung in der Richtung, ob der Angekl. mit Wahrscheinlichkeit neue erhebliche Straftaten begehen wird, welcher Einfluß von der Strafverbüßung auf den Angekl. zu erwarten ist, und ob die Umgebung, in die er nach der Strafverbüßung zurückkehren wird, der Wiederholung von Straftaten entgegenwirken wird. Die von der StrK. gebrauchte Wendung, es „erscheine noch nicht ausgeschlossen", daß die erkannte Strafe den Angekl. von ferneren Straftaten abhalten werde, spricht dafür, daß eine größere Wahrscheinlichkeit für das Gegenteil besteht. Diese würde aber zur Bejahung der Gefährlichkeit und der Anordnung der Sicherungsverwahrung führen, falls nicht auf andere Weise voraussichtlich ein wirksamer Schutz der Allgemeinheit gewährleistet ist (RGSt. 68, 271 = JW. 1934, 2057[18]).

Das angefochtene Urteil muß daher im Strafausspruch aufgehoben werden (RGSt. 68, 385).

(RG., 3. StrSen. v. 21. Juli 1938, 3 D 416/38.)

*

2. RG. — § 42 b StGB. Abgrenzung zwischen bloßer Belästigung und einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit.

Rechtlich einwandfrei ist die Annahme des LG., daß die Beschuldigte im Zustande der Zurechnungsunfähigkeit nach § 51 Abs. 1 StGB. gehandelt hat. Unhaltbar ist dagegen die Annahme des LG., daß die öffentliche Sicherheit die Unterbringung der Beschuldigten nach § 42 b StGB. nicht erfordere. Hiergegen wendet sich zu Recht die Rev. der StA. Das LG. hat den Begriff der öffentlichen Sicherheit i. S. des § 42 b StGB. verkannt.

Das LG. ist zu der Überzeugung gelangt, daß die Beschuldigte infolge ihres krankhaften Geisteszustandes und ihrer dadurch bedingten Wahnvorstellungen auch in Zukunft wie bisher ihr an sich strafbares Verhalten weiter fortsetzen werde, daß sie also insbes. auch in Zukunft in größtem Umfang in beleidigender Weise gegen Behörden, Beamte und andere Personen angehen werde, die mit ihren Angelegenheiten befaßt werden, und daß sie dabei auch in Zukunft darüber hinaus strafbare Handlungen nach Art der bisher bereits verübten begehen werde, wie Aktenunterdrückung, Urkundenfälschung, Diebstahl u. ä. Das LG. meint indes, dieses Verhalten der Beschuldigten bedeute noch keine Gefährdung der Rechtsordnung, sondern nur eine, wenn auch erhebliche, Belästigung der Öffentlichkeit; es erfordere daher noch nicht die Unterbringung der Beschuldigten nach § 42 b StGB., da die Unterbringung nicht durch die öffentliche Sicherheit erfordert werde, sondern nur im Interesse der öffentlichen Ruhe und Ordnung geboten wäre. Daß die Beschuldigte die öffentliche Sicherheit durch Begehung schwererer Straftaten — etwa Körperverletzung oder gar Totschlag — bedrohen oder gefährden werde, sei unwahrscheinlich.

Unklar ist zunächst, welchen Sinn das LG. im Rahmen des § 42 b StGB. mit der Gegenüberstellung dieser von ihm für unwahrscheinlich erachteten Straftaten mit den anderen bereits von der Beschuldigten begangenen Handlungen verbindet. Sollte das Gericht meinen, die Anordnung nach § 42 b StGB. sei nur zulässig bei Straftaten, durch die andere körperlich gefährdet werden, dagegen grundsätzlich ausgeschlossen bei strafbaren Handlungen von der Art, wie sie von der Beschuldigten bereits begangen worden sind und nach der Überzeugung des LG. auch in Zukunft begangen werden, so wäre das rechtsirrig.

Die Beschuldigte ist nach den Feststellungen des LG. keineswegs nur lästig geworden für ihre Umgebung oder weitere Personen. Sie hat sich nicht damit begnügt, in schriftlichen Eingaben an Behörden und Beamten die Ehre einzelner Personen anzugreifen, ohne daß diese dadurch ernsthaft in ihrem Rechtskreise bedroht worden wären. Vielmehr hat die Beschuldigte, wie das LG. selbst eingehend darlegt, über eine solche Belästigung eines engeren Personenkreises hinaus ein Verhalten gezeigt, das unmittelbar eine erhebliche Gefährdung der Rechtsordnung war.

Sie hat nicht nur unzählige Male in persönlichen Besprechungen und Eingaben an die zuständigen Behörden Richter, Staatsanwälte, andere Beamte und sonstige Personen, welche sich mit ihren Angelegenheiten befassen mußten, in schwerster Weise beleidigt, sogar verleumdet. Sie hat sich vielmehr auch an Kreisleitungen und sonstige Dienststellen der NSDAP. gewandt, um die von ihr angefeindeten Personen bloßzustellen und unmöglich zu machen. Sie ist nach der Feststellung des LG. allmählich zum öffentlichen Ärgernis geworden und sie wird nach seiner Überzeugung überall, wo sie auftritt, Unruhe und Unfrieden stiften. Schon darin liegt eine Gefährdung der Rechtsordnung, zumal nach den Ausführungen des LG. damit zu rechnen ist, daß die Beschuldigte ihre auf krankhaftem Wahn beruhenden Vorstellungen auch gegenüber privaten Personen äußern und so in immer weiteren Kreisen Unruhe stiften wird. Darüber hinaus sind von ihr sogar bereits Rechtsverletzungen anderer Art begangen worden, soweit sie ihr zur Erreichung ihrer Ziele geeignet erschienen, so Diebstähle, Urkundenfälschung und Urkundenunterdrückung, und die weitere Begehung

auch solcher Rechtsverletzungen ist angesichts und auf Grund ihres krankhaften Geisteszustandes nach der Überzeugung des LG. für die Zukunft in steigendem Maße zu erwarten. Damit aber ist die Rechtssicherheit, insbes. die Sicherheit der Rechtspflege, dauernd erheblich gefährdet. Diese rechtlichen Folgerungen, die sich aus den eigenen Feststellungen ergeben, hat das LG. übersehen, indem es die Bedeutung der weiteren Rechtsverletzungen nicht nach allen rechtlich wesentlichen Richtungen prüft.

Nach alledem kommt es nicht mehr entscheidend darauf an, ob von der Beschuldigten auch noch die Begehung von Gewalttätigkeiten zu besorgen ist. Die Feststellungen des LG. selbst ergeben vielmehr bereits jetzt die rechtliche Folge, daß die öffentliche Sicherheit die Anordnung einer Sicherungsmaßnahme erfordert, und daß diese nur in der Unterbringung der Beschuldigten gemäß § 42 b StGB. bestehen kann. Da der Sachverhalt keine weitere Aufklärung mehr erfordert, hatte das RevG. gemäß § 354 Abs. 1 StPO. diese Maßnahme anzuordnen.

(RG., 1. StrSen. v. 12. Juli 1938, 1 D 461/38.)

*

**** 3. RG. — §§ 54, 59 StGB. Wer sich irrigerweise gegenüber dem ihn nach § 127 StPO. Festnehmenden als in Notwehr befindlich betrachtet, dem steht § 59 StGB. zur Seite; das gilt nicht für ein Widerstandleisten gemäß § 113 StGB.**

Der Nebenkläger handelte nicht rechtswidrig, als er den Angekl. festhielt (§ 127 StPO.). Der Angekl. konnte sich unter diesen Umständen nicht auf Notwehr berufen. Das LG. hat auch die Frage erörtert, ob etwa der Vorsatz des Angekl. dadurch ausgeschlossen war, daß er in vermeintlicher Notwehr handelte, als er sich gegen seine Festnahme wehrte und dabei den Nebenkläger körperlich mißhandelte. Die Ansicht, daß dieser Entschuldigungsgrund nicht vorliege, ist im Ergebnis richtig. Das LG. beruft sich dafür allerdings mit Unrecht auf das Urteil des RG. v. 10. Okt. 1933 (RGSt. 67, 337 = JW. 1934, 230[14] m. Anm.). Diesem Urteil und der Entsch. RGSt. 55, 162, auf die es Bezug nimmt, liegt ein ganz anderer Sachverhalt zugrunde, nämlich daß einem Polizeibeamten in der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes Widerstand geleistet wird — § 113 StGB. —. In diesem Fall konnte sich der Täter schon deshalb nicht darauf berufen, daß er das Vorgehen des Beamten aus irgendeinem Grunde nicht für rechtmäßig gehalten habe, weil die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung nach ständiger Rspr. des RG. nicht Tatbestandsmerkmal des § 113 StGB., sondern nur eine vom Vorsatz des Täters unabhängige Bedingung der Strafbarkeit ist. Für die Anwendung des § 59 StGB. ist daher dort kein Raum. Im vorl. Fall hat sich aber der Angriff gegen eine Privatperson gerichtet, die das sich aus § 127 StPO. ergebende Festnahmerecht ausübte. Dementsprechend ist das Verfahren auch nur wegen Körperverletzung eröffnet. Hier wäre der Irrtum des Täters, daß die tatsächlichen Voraussetzungen der Notwehr gegeben seien, nach § 59 StGB. ein Entschuldigungsgrund, der seinen Vorsatz ausschließen würde. Der Irrtum des Angekl. hat aber darin bestanden, daß er seine von dem Nebenkläger versuchte Festnahme trotz Kenntnis der sie rechtfertigenden Tatsachen (§ 127 StPO.) rechtlich unzutreffend als rechtswidrig angesehen hat. Er hat die ihm bekannten Tatsachen strafrechtlich unrichtig beurteilt. Dieser Rechtsirrtum des Angekl. liegt auf strafrechtlichem Gebiet und ist daher unbeachtlich (Urt. des RG. v. 23. Dez. 1915, III 840/15: DStrZ. 1916, 419).

(RG., 3. StrSen. v. 28. Juli 1938, 3 D 509/38.)

*

**** 4. RG. — §§ 140 ff., 2 StGB. Eine entsprechende Anwendung der für den Wehrdienst erlassenen Strafbestimmungen auf den Reichsarbeitsdienst ist nicht möglich (z. B. keine entsprechende Anwendung der Bestimmung über Wehrpflichtentziehung, wenn sich jemand der Arbeitsdienstpflicht entzieht).**

Der Angekl. fährt als Ingenieurassistent zur See. Er war im Jahre 1936 arbeitsdienstpflichtig geworden, hatte sich aber zunächst von der Musterung zum Arbeitsdienste bis zum 1. Dez. 1936 zurückstellen lassen, und diese Zurückstellung war auch in sein Seefahrtsbuch eingetragen worden. Er war dann aber doch im April 1936 gemustert worden und hatte einen vorläufigen Entscheid erhalten, in dem vermerkt war, er werde voraussichtlich am 1. Okt. 1936 zum Arbeitsdienste herangezogen werden. Der Vermerk über die Zurückstellung war aber versehentlich nicht in dem Seefahrtsbuche des Angekl. gelöscht worden.

Am 25. Aug. 1936 erhielt der Angekl., der bis dahin auf der „S. C." gefahren war, von seiner Reederei den Befehl, sich für den Frachtdampfer „M." anmustern zu lassen. Der Angekl. begab sich nach Bremen, legte beim Seemannsamte sein Seefahrtsbuch und auch den vorläufigen Entscheid vor. Er wurde daraufhin für den Dampfer „M." angemustert und fuhr mit ihm am 27. Aug. 1936 nach Australien ab. Während seiner Abwesenheit erging an ihn der Gestellungsbefehl, laut dessen er aufgefordert wurde, sich am 1. Okt. 1936 beim Arbeitsdienste zum Dienstantritt zu melden. Seine Eltern sandten ihm den Befehl nach; er ging dem Angekl. erst nach seiner Ankunft in Australien zu. Ende 1936 kehrte der Angekl. mit dem Dampfer „M." nach Bremen zurück. Er hat seiner Arbeitsdienstpflicht inzwischen vom 1. April 1937 an genügt.

Der Eröffnungsbeschluß legt dem Angekl. zur Last, „er habe am 26. Aug. 1936 in Bremen mit dem Vorsatze, sich der Erfüllung der Wehrpflicht zeitweise zu entziehen, auf Täuschung berechnete Mittel angewendet" und dadurch gegen den § 143 StGB. (i. d. Fass. des Ges. v. 28. Juni 1935 [RGBl. I, 839]) verstoßen.

Das AG. hat den Angekl. freigesprochen, weil der § 143 StGB. nicht auf Verletzungen der Arbeitsdienstpflicht anwendbar sei. Die Rev. der StA. vertritt demgegenüber die Auffassung, daß die Anwendung auf Grund des § 2 StGB. geboten sei. Nach dem § 347 a StPO. hat das RG. über die Rev. zu entscheiden. Ihr ist der Erfolg zu versagen.

Vorschriften, durch welche die zur Sicherung der Wehrpflicht erlassenen Bestimmungen der §§ 140 ff. StGB. auf den Reichsarbeitsdienst ausgedehnt worden wären, sind nicht erlassen worden. Nur in einer Richtung ist die Arbeitsdienstpflicht der Wehrpflicht strafrechtlich gleichgestellt worden: Nach dem Art. 7 Abs. 1 der 2. DurchfVO. z. ReichsarbeitsdienstG. v. 1. Okt. 1935 (RGBl. I, 1215) gelten bei Verletzungen der Pflicht, dem Einberufungsbefehl zum Reichsarbeitsdienste Folge zu leisten, entsprechend die Strafbestimmungen des § 11 der VO. über Musterung und Aushebung v. 29. Mai 1935 (RGBl. I, 697) (jetzt § 8 der VO. v. 17. April 1937 [RGBl. I, 469]). Dieser § 11 bedroht im Abs. 1 den mit Übertretungsstrafe, der seiner Gestellungspflicht nicht oder nicht pünktlich nachkommt. Die §§ 140, 142, 143 StGB. sind zwar im Abs. 3 des § 11 erwähnt, jedoch nur in dem Zusammenhange, daß gegebenenfalls Anzeige wegen Verletzung einer dieser Vorschriften zu erstatten sei. Zu „Strafbestimmungen des § 11" sind diese Vorschriften des StGB. hierdurch keineswegs geworden.

Gerade aus der Erwähnung in diesem Zusammenhang ist aber weiter zu schließen, daß eine Ausdehnung der schweren Strafvorschriften der §§ 140 ff. StGB. auf den Arbeitsdienst bei Erlaß der 2. DurchfVO. zum ReichsarbeitsdienstG. nicht gewollt worden ist. Aus dem § 11 der VO. geht klar hervor, daß der zuständigen Stelle bei Erlaß der VO. das Vorhandensein der §§ 140 ff. StGB. vor Augen gestanden hat, wenn sie gleichwohl den § 11 so gefaßt hat, wie es geschehen ist, so kann das nur dahin verstanden werden, daß die Ausdehnung der §§ 140 ff. auf den Arbeitsdienst nicht für angezeigt erachtet worden ist.

Schon diese Erwägung läßt bedenklich erscheinen, die Ausdehnung im Wege der Rechtsschöpfung des Richters auf Grund des § 2 StGB. vorzunehmen. Voraussetzung hierfür wäre aber auch, daß wirklich der Grundgedanke der §§ 140 ff. StGB. auf den Reichsarbeitsdienst zuträfe. Das ist zu verneinen. So hoch auch die Bedeutung des Reichsarbeitsdienstes für unser Volk und die Zukunft unseres Volkes ist, so läßt sich doch nicht verkennen, daß Wesen und Ziele der Arbeitsdienstpflicht von dem Wesen und den Zielen der Wehrpflicht verschieden sind. Bei der Arbeitsdienstpflicht handelt es sich in erster Reihe um die Erziehung der Jugend zur Volksgemeinschaft, bei der Wehrpflicht um die Sicherung des Bestandes unseres Volkes gegen äußere Feinde. Die Arbeitsdienstpflicht ist zeitlich eng begrenzt; die Wehrpflicht besteht bis in das 46. Lebensjahr hinein und hat für bestimmte Personen und im Kriegsfall überhaupt keine zeitliche Grenze.

Nicht unwesentlich ist auch, daß eine Pflicht zum Reichsarbeitsdienste bisher zwar nur für männliche Personen besteht, daß aber weibliche Personen in weitem Umfang in den Arbeitsdienst eintreten und daß die Ableistung dieses Dienstes Voraussetzung für den Zugang weiblicher Personen zu bestimmten Berufen ist.

Zu der Frage, ob die bestehenden Vorschriften zur Sicherung der Arbeitsdienstpflicht ausreichen oder ob sich weitere Vorschriften als erforderlich erweisen, ist hier nicht Stellung zu nehmen. Die Entscheidung dieser Frage muß dem Gesetzgeber überlassen werden. Er allein ist in der Lage, bei Erlaß solcher Vorschriften der besonderen Eigenart des Reichsarbeitsdienstes gerecht zu werden.

Die Entscheidung entspricht dem Antrage des Oberreichsanwalts.

(RG., 3. StrSen. v. 27. Juni 1938, 3 D 946/37.)

*

**** 5. RG. — § 174 Ziff. 3 StGB. Zum Tatbestandsmerkmal „Medizinalperson" gehören drei Merkmale: eine Vorbildung für den Krankenheil- und Pflegedienst, eine gewisse Selbständigkeit in der Berufsausübung, eine Stellung, die die „Medizinalperson" in ein Überordnungsverhältnis zu den in die Anstalt Aufgenommenen bringt.**

I. 1. Das LG. hat festgestellt, der Angekl. sei im Jahre 1934 beim Akademischen Krankenhaus als Hausdiener eingestellt worden. Nach einiger Zeit habe man ihn in die Ambulanz der Orthopädischen Klinik geholt, wo er nach besonderer Unterweisung die Verbände der Kranken abzumachen, dem untersuchenden Arzt gelegentliche Hilfeleistungen zu gewähren und schließlich nach besonderen Angaben des Arztes Salben aufzulegen und die Verbände wiederum anzulegen hatte. Im Jahre 1935 habe man den Angekl. auch in die Chirurgische Klinik geholt, wo seine Aufgabe darin bestanden habe, die männlichen Kranken zur Operation vorzubereiten. Dort habe er die Kranken auszuziehen, auf die Operationsbahre zu legen, die zu operierende Stelle zu waschen und zu rasieren und schließlich die Kranken in den Operationssaal hineinzufahren und auf den Operationstisch zu legen gehabt. Mit den weiblichen Kranken irgend etwas zu unternehmen, wäre ihm untersagt gewesen. Im Aug. und Sept. 1937 habe der Angekl. an zwei Frauen, die ihn für einen Arzt gehalten hätten, unzüchtige Handlungen vorgenommen.

Das LG. hat den Angekl. nur wegen Beleidigung verurteilt. Ein Verbrechen nach § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB. hielt das LG. für nicht gegeben, da der Angekl. keine „andere Medizinalperson" sei. Der Angekl. habe weder eine besondere Ausbildung erfahren, noch sei er zu einer selbständigen Pflege berufen gewesen; nur wenn diese beiden Vorbedingungen gegeben seien, könne von einer „Medizinalperson" gesprochen werden.

2. Das LG. leitet seine Auffassung zwar aus der Entsch. des erk. Sen. v. 28. Aug. 1936, 1 D 467/36 (RGSt. 70, 299 = JW. 1936, 3195[18]) ab, gleichwohl hat es den Begriff der anderen Medizinalperson im § 174 Nr. 3 StGB. zu eng aufgefaßt. Die Bedeutung jener Entscheidung liegt in der Abkehr von der engen Auffassung des Begriffes, die das RG. in früheren Entscheidungen vertreten hatte, und in seiner Ausdehnung auf die im Pflegedienst verwendeten Personen; im übrigen ist es in der Entscheidung vermieden worden, eine festumgrenzte Begriffsbestimmung zu geben, sondern nur festgestellt worden, daß die damals in Betracht kommenden Personen als Medizinalpersonen zu erachten sind. Für die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Medizinalperson" ist aber aus der Entscheidung zu entnehmen, daß zu ihm drei Bestandteile gehören: einmal eine Vorbildung für den Beruf im Krankenheil- oder Krankenpflegedienst, zum andern eine gewisse Selbständigkeit in der Berufsausübung und zum dritten eine Stellung, die die „Medizinalperson" in ein Überordnungsverhältnis zu den in die Anstalt Aufgenommenen bringt. Diese drei Erfordernisse des Tatbestandsmerkmals ergeben sich aus der Gleichstellung der Medizinalperson mit den Ärzten und Beamten und aus dem Sinne des § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB., der das Überordnungsverhältnis der dort genannten Personen über die in die Anstalt Aufgenommenen und damit das entsprechende Abhängigkeitsverhältnis von geschlechtlichen Einflüssen reinhalten will.

Was die Vorbildung des Täters für den Beruf einer Medizinalperson anlangt, so dürfen hier keine allzu großen Anforderungen gestellt werden. Es ist nicht erforderlich, daß er einen bestimmten Ausbildungsgang zurück- und eine Prüfung abgelegt hätte. Es genügt, daß der Täter angeleitet ist, Heil- und Pflegehandlungen selbständig auszuüben. Derselbe Gedanke ist in dem RGUrt. v. 24. Sept. 1937, 4 D 438/37: JW. 1937, 2901[6], ausgesprochen; bei dieser Gelegenheit ist betont worden, daß eine abgeschlossene und vollendete Ausbildung nicht zu den notwendigen Eigenschaften einer „Medizinalperson" gehört. Prüft man unter diesen Gesichtspunkten die Tätigkeit des Angekl. in dem Akademischen Krankenhaus, so ist aus den Feststellungen des LG. mit einiger Sicherheit zu entnehmen, daß er in der Orthopädischen Klinik eine selbständige Tätigkeit insoweit ausübte, als er selbständig die Verbände der Kranken abmachte, Salben auflegte und Verbände anlegte. Das LG. hat dies zu Unrecht bei der Untersuchung der Tätigkeit des Angekl. im Krankenhaus außer acht gelassen und lediglich auf seine Tätigkeit in der Chirurgischen Klinik abgestellt. Denn wenn das LG. feststellt, daß der Angekl. im Laufe der Zeit auch in diese Klinik geholt worden sei, so berechtigt das zu der Annahme, daß er seine Tätigkeit in der Orthopädischen Klinik beibehielt und nur nebenbei auch in der Chirurgischen Klinik beschäftigt wurde. Ganz abgesehen davon kann aber seine Tätigkeit in dieser Klinik nicht als eine ganz untergeordnete oder als eine von der Heilung und Pflege der Kranken abgesonderte erachtet werden. Aus den Feststellungen des LG. ergibt sich, daß der Angekl. seine Tätigkeit daselbst allein und ohne jeweilige Anleitung ausübte. Das Herrichten der Kranken für die Operation ist auch ein Teil ihrer operativen Behandlung und damit ein Teil ihrer Heilbehandlung. Das Auskleiden erfordert, besonders wenn es sich um Schwerkranke oder durch ihre Leiden Behinderte handelt, Sachkunde und Erfahrung im Umgang mit Kranken. Dasselbe gilt für das Auflegen der Kranken auf die Bahre und anderes mehr. Der Angekl. hatte hierfür auch selbständige Anordnungen mindestens insofern zu treffen, als er den Kranken zu sagen hatte, welche Bewegungen sie machen sollten, um seine Tätigkeit zu unterstützen und seine Aufgabe zu erleichtern.

Es könnte nur die Frage aufgeworfen werden, ob alle diese Umstände herangezogen werden dürfen, weil dem Angekl. die Behandlung von weiblichen Kranken in der Chirurgischen Klinik untersagt war und er sich gerade an solchen vergriffen hat. Er hat also seine unzüchtigen Handlungen nicht im Rahmen seiner besonderen Berufsaufgaben verübt, sondern nur die Gelegenheit ausgenützt, die sich ihm bei der ordnungsgemäßen Ausübung seines Berufes bot. Das kann aber keinen Unterschied für die strafrechtliche Behandlung ausmachen. Der Tatbestand des § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB. läßt nicht erkennen, daß das Gesetz zu seiner Anwendung erforderte, der Täter müsse gerade zur Behandlung und der Pflege des Kranken berufen gewesen sein, mit dem er die unzüchtige Handlung vorgenommen habe. In dieser Richtung wird lediglich vorausgesetzt, daß der Beamte, der Arzt oder die andere Medizinalperson in derselben Anstalt beschäftigt oder angestellt ist, in die sein Opfer aufgenommen worden war. Sind diese Voraussetzungen gegeben, so ist die aufgenommene Person gegen unzüchtige Handlungen aller Personen geschützt, die in der Anstalt die Stellung eines Beamten, Arztes oder einer anderen Medizinalperson einnehmen.

II. Nach dem Eröffnungsbeschluß soll der Angekl. noch an weiteren zwei Frauen ähnliche Unzuchtshandlungen vorgenommen haben. Er hat sich insoweit damit verteidigt, daß er die Frauen weder an den Brüsten noch am Geschlechtsteil betastet, sondern ihnen nur am After die Körperwärme gemessen habe. Da die Frauen nicht ermittelt werden konnten, konnte das LG. diese Angaben des Angekl. nicht widerlegen. Es stellt, ohne eine weitere Untersuchung vorzunehmen, fest, daß insoweit keine strafbare Handlung gegeben sei.

Diese Annahme ist rechtsirrig. Auch wenn man die Wahrheit der Angaben des Angekl. unterstellt, könnte eine strafbare Handlung vorliegen. Die rechtliche Betrachtung hat davon auszugehen, daß dem Angekl. die Behandlung von weiblichen Kranken untersagt war. Die Vermutung liegt also nahe, daß der Angekl. die Körperwärme der beiden Frauen nicht gemessen hat,

weil dies zur Heilbehandlung notwendig gewesen oder von ihm für notwendig gehalten worden wäre, daß vielmehr die Messung der Körperwärme vom Standpunkte der Krankenbehandlung und Krankenpflege aus eine überflüssige Maßnahme gewesen ist. Dann könnte der Grund hierfür nur in einem höchstpersönlichen Beweggrund des Angekl. gelegen haben. Dieser könnte dahin gegangen sein, daß er sich durch die Maßnahme geschlechtliche Erregung oder Befriedigung hätte verschaffen oder sich einen derben Scherz mit den Frauen hätte erlauben wollen. Im ersteren Falle lägen Verbrechen nach § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB. vor, im letzteren Falle könnten Vergehen der Beleidigung gegeben sein. Diese Vergehen wären zwar nicht verfolgbar, solange kein Strafantrag gestellt wäre. Das würde aber nicht die Freisprechung des Angekl. von diesen Vergehen, sondern nur, wie auch in anderen Fällen des fehlenden Strafantrags, die Einstellung des Verfahrens zur Folge haben können. Es wäre in diesem Falle denkbar, daß die Frauen bis jetzt keine Kenntnis davon erlangt hätten, daß sich der Angekl. einen Scherz mit ihnen erlaubt hätte, und daß sie deshalb noch rechtzeitig Strafantrag gegen ihn stellen könnten. Die Wiederaufnahme der Verfolgung der strafbaren Handlungen wäre dann im Falle der Einstellung des jetzigen Verfahrens noch möglich, während ihr im Falle der Freisprechung die Rechtskraft des Urteils entgegenstünde.

(RG., 1. StrSen. v. 26. Juli 1938, 1 D 470/38.)

*

6. RG. — § 175 StGB. Nach der nunmehr feststehenden Rspr. aller Senate des RG. ist bei Anwendung des § 175 StGB. ein Fortsetzungszusammenhang rechtlich nur möglich, soweit die einzelnen Handlungen des Täters denselben (anderen) Mann betreffen (vgl. RGSt. 70, 243 = JW. 1936, 2551[23]; RGSt. 70, 282 = JW. 1936, 2996[21]; RGSt. 72, 24 = JW. 1938, 1166[16]). Die Entsch. RGSt. 70, 145 = JW. 1936, 1674[1] ist überholt.

(RG., 1. StrSen. v. 12. Juli 1938, 1 D 458/38.)

*

7. RG. — §§ 175, 175 a, 44 StGB.

1. Die Annahme des Fortsetzungszusammenhangs bei Vergehen gegen § 175 StGB., die sich gegen verschiedene Männer richten, ist rechtlich ausgeschlossen. Das gleiche gilt für Verbrechen nach § 175 a Nr. 4 StGB.

2. Ein Verbrechen nach § 175 a StGB. verliert ebensowenig wie ein Vergehen nach § 218 StGB. dadurch, daß es gewerbsmäßig begangen wird, die Eigenschaft einer selbständigen Handlung.

3. Bei der Bemessung der Strafe für die versuchte Straftat kann dann von der Strafe ausgegangen werden, die bei Vollendung der Tat verwirkt sein würde, wenn sich im Zeitpunkt des Versuchs die Art und Umstände der Ausführung und die Folgen, wie sie die vollendete Tat kennzeichnen würden, übersehen lassen.

I. Ch. ist durch rechtskräftiges Urteil des LG. Berlin vom 18. Juni 1937 wegen Vergehens nach § 175 StGB. a. F. in 7 Fällen zu Einsatzstrafen von je drei Monaten Gefängnis und wegen Verbrechens nach § 175 a Nr. 4 StGB. in drei Fällen zu Einsatzstrafen von je 1 Jahr Gefängnis verurteilt worden. Durch das angefochtene Urteil v. 8. Nov. 1937 ist gegen ihn wegen eines weiteren Verbrechens nach § 175 a Nr. 4 StGB. eine Gefängnisstrafe von 6 Monaten festgesetzt worden, die mit den genannten Einzelstrafen zu einer Gesamtstrafe von 2 Jahren 10 Monaten Gefängnis zusammengezogen worden ist.

Seine Rev. macht geltend, daß der Fortsetzungszusammenhang mit einem der früher abgeurteilten Fälle zu Unrecht verneint worden sei. Sie ist unbegründet. In dem genannten rechtskräftigen Urteil sind selbständige Straftaten angenommen worden. An diese rechtliche Beurteilung war die StrK. gebunden. Die Strafklage ist nur hinsichtlich der abgeurteilten selbständigen Einzelfälle verbraucht (RGSt. 54, 283, 285). Übrigens ist die Annahme eines Fortsetzungszusammenhanges bei Verbrechen aus § 175 a Nr. 4 StGB., die mit verschiedenen Männern vorgenommen worden sind, rechtlich ausgeschlossen. Der Hinweis der Rev. auf die Entsch. v. 24. Jan. 1936 (RGSt. 70, 145) ist verfehlt.

Der erk. Sen. hat in dem Urteil v. 13. Aug. 1936 (RGSt. 70, 282) ausgesprochen, daß aus den Gründen des Beschlusses des Großen Senats v. 11. Juli 1936 (RGSt. 70, 243) der Fortsetzungszusammenhang für Vergehen gegen § 175 StGB., die sich gegen verschiedene Männer richten, abgelehnt werden muß. Das gleiche gilt für Verbrechen nach § 175 a Nr. 4 StGB.

Der Einwand der Rev., die rechtskräftige Verurteilung des BeschwF. wegen gewerbsmäßig mit drei Männern betriebener Unzucht i. S. des § 175 a Nr. 4 StGB. stände der Aburteilung wegen der mit Z. in derselben Zeit gewerbsmäßig betriebenen Unzucht entgegen, würde von Bedeutung sein, wenn mehrere Handlungen dieser Art, die mit verschiedenen Männern vorgenommen worden sind, zu einer strafrechtlichen Einheit — einem sog. Sammelverbrechen — zusammengefaßt werden könnten. Das ist aber nicht der Fall. Der Große Senat für Strafsachen hat in dem Beschl. v. 21. April 1938, GSSt 2 37/3 D 871/36 (RGSt. 72, 164 = JW. 1938, 1513[1]) ausgesprochen, daß eine Abtreibung dadurch, daß sie gewerbsmäßig begangen wird, nicht die Eigenschaft einer selbständigen Handlung verliert. Das gleiche gilt auch für das Verbrechen aus § 175 a Nr 4 StGB. Die in dem Beschluß angeführten Gründe gelten entsprechend, da nach dem Sinn der Strafbestimmung für die Unzucht zwischen Männern (§ 175 Abs. 1 StGB.) die in § 175 a StGB. vorgesehene höhere Strafe zur Anwendung kommen soll, wenn die Einzeltat gewerbsmäßig begangen worden ist.

II. Die Rev. des Angekl. Z. bemängelt nur die Strafzumessung. Sie ist unbegründet.

Bei Bemessung der Strafe für die versuchte Straftat (§ 44 StGB.) ist allerdings in der Regel nicht von der Strafe auszugehen, die bei Vollendung der Tat verwirkt sein würde. Ausgeschlossen ist dieses Verfahren aber keineswegs dann, wenn sich im Zeitpunkt des Versuchs die Art und Umstände der Ausführung und die Folgen, wie sie die vollendete Tat kennzeichnen würden, übersehen lassen (RGSt. 59, 154; 4 D 389/37 v. 29. Juni 1937: JW. 1937, 2374[31]). Im vorl. Fall ist die Tat vollendet und die Strafe gemäß § 51 Abs. 2 StGB. nach den Vorschriften über die Bestrafung des Versuchs gemildert worden. Ein Rechtsfehler ist nicht ersichtlich.

(RG., 2. StrSen., U. v. 23. Juni 1938, 2 D 135/38.)

*

8. RG. — § 221 StGB. Abgrenzung zwischen „Aussetzen" und „Verlassen in hilfloser Lage".

Die Angekl. hat ihre Kinder im Alter von 5, 6 und 3 Jahren an einer Landstraße in einem Nest aus alten Kleidern am Rande eines etwa 40 m tiefen Gehölzes vor der Einfriedigung eines Diakonissenheims zurückgelassen und sich entfernt. Sie hatte dabei die Absicht, sich der Kinder zu entledigen, und nicht wieder zu ihnen zurückzukehren.

Die StrK. hat die Voraussetzungen des § 221 StGB. verneint, weil die Kinder sich nicht in einer hilflosen Lage befunden hätten. Die Angekl. habe erwarten können, daß die Kinder von der Diakonissenanstalt aus beobachtet und in Obhut genommen werden würden. Auch eine rechtsähnliche Anwendung des § 221 StGB. hat die StrK. abgelehnt, weil der Grundgedanke dieser Bestimmung Schutz gegen Gefährdung des menschlichen Lebens sei und nicht Schutz gegen Familientreubruch, wie er hier vorliege; dazu ist u. a. auf Gürtner, „Das kommende Strafrecht", besonderer Teil. 2. Aufl., S. 186 verwiesen.

Die Rev. der StA. wendet sich mit sachlich-rechtlichen Ausführungen gegen das freisprechende Urteil des LG.

Den Ausführungen der StrK. kann nicht beigetreten werden. Der § 221 StGB. kommt seinem äußeren Tatbestande nach auf den hier festgestellten Sachverhalt unmittelbar zur Anwendung. Nach RGSt. 7, 111 und 31, 165 ist hilflos eine Person, die nicht imstande ist, sich ohne Hilfe anderer gegen eine ihrem Leib oder Leben drohende Gefahr zu schützen. Es genügt also auch eine der Gesundheit drohende Gefahr (RGSt. 71, 200 = JW. 1937, 1813[76]). Ob der Zustand der Hilflosigkeit dauernd oder vorübergehend ist, ist dabei gleichgültig. Der Hinweis der StrK. auf den guten Ernährungszustand der Kinder und deren Gewöhnung an Entbehrungen infolge des wochenlangen Lebens

auf der Landstraße kann nicht ausreichen, den Zustand der Hilflosigkeit zu verneinen. Dabei bleibt vor allem das Alter der Kinder zu berücksichtigen, von denen keines die nötige Einsicht und Erfahrung besessen haben kann, um sich und die beiden Geschwister gegen alle drohenden Gefahren zu schützen und die gegebenenfalls erforderlichen Schritte zu tun, um rechtzeitig Unterstützung durch Dritte zu erlangen. Gefahren drohten aber beim Eintreten schlechten Wetters und infolge der Nähe der Landstraße ohne weiteres. Zudem waren mindestens einzelne Kinder, insbes. das dreijährige, gefährdet, wenn sie nicht zusammenblieben oder sich weiter entfernten und damit den Blicken der Bewohner der Diakonissenanstalt entzogen. Zur Verneinung des inneren Tatbestandes hinsichtlich der Hilflosigkeit kann es auch nicht genügen, daß die Angekl. den Platz vor dem Diakonissenhaus mit Vorbedacht als Ort der Trennung ausgesucht hat, um zu gewährleisten, daß die Kinder mit tunlichster Beschleunigung von kundigen und interessierten Personen in Obhut genommen würden. Denn ob die Kinder von der Anstalt aus beobachtet wurden, hing im wesentlichen vom Zufall, insbes. auch davon ab, daß sie an ihrem Platz vor dem Hause blieben und sich nicht weiter von ihm entfernten (RGSt. 7, 112). Zudem blieb es ungewiß, ob die Kinder bei einer drohenden Gefahr (durch Tiere, Menschen oder den Verkehr auf der Landstraße) rechtzeitig Schutz erhielten. Die Anwendbarkeit des § 221 StGB. entfällt nicht deshalb, weil die vorhandene Gefahr keine unabwendbare war, und auch die bloße Wahrscheinlichkeit, daß die Kinder in ihrer hilflosen Lage von anderen aufgefunden und aufgenommen werden würden, schließt die Bestrafung aus der bezeichneten Strafvorschrift nicht aus.

Zum inneren Tatbestand wäre gegebenenfalls aber auch der bedingte Vorsatz zu prüfen gewesen.

Bei dem ermittelten Sachverhalt erhebt sich die Frage, ob man die Handlung der Angekl. als „Aussetzen" oder als „Verlassen in hilfloser Lage" ansehen muß. Wer eine hilflose Person durch seine Tätigkeit aus einem Verhältnis, in dem ihr Hilfe und Schutz zuteil wird, in eine hilflose Lage versetzt, d. h. in einen Zustand bringt, in dem sie, falls nicht ein rettender Zufall eintritt, an Leib oder Leben gefährdet ist, „setzt aus" (RGSt. 7, 111; 31, 167 und 54, 274). Hier ist die Gefährdung durch das Aussetzen, das Versetzen in die hilflose Lage, herbeigeführt. Das „Verlassen in hilfloser Lage" hingegen setzt ein Sichentfernen, eine räumliche Trennung, eine Änderung oder Erschwerung der örtlichen Beziehungen zwischen dem Hilfsbedürftigen und dem zur Obhut Verpflichteten durch dessen Handeln oder pflichtwidriges Unterlassen voraus (RGSt. 8, 343, 345; 10, 183, 184 und 38, 377). Nach Lage der Sache kommt hier dieser zweite Fall in Betracht. Nach dem Alter der Kinder und im Hinblick auf das Leben außerhalb einer festen, Schutz gewährenden Wohnung lag bei den Kindern schon eine hilflose Lage vor, bei der sie in besonderer Weise des Schutzes der Mutter bedurften.

(RG., 2. StrSen. v. 7. Juli 1938, 2 D 326/38.)

*

**** 9. RG. — §§ 222, 316, 315 StGB. Fahrlässige Tötung in Tateinheit mit fahrlässiger Eisenbahntransportgefährdung. Pflichten der Eisenbahnbediensteten und des Kraftfahrers bei offenen Bahnschranken.**

Die Angekl. sind wegen fahrlässiger Tötung aus § 222 Abs. 1 und 2 StGB. verurteilt worden, weil sie durch Fahrlässigkeit den Zusammenstoß eines Arbeitszuges mit einem Lastkraftwagen herbeigeführt haben, wobei drei Personen getötet worden sind.

Dem Angekl. E. legt das Urteil zur Last, daß er als Fahrdienstleiter den Arbeitszug vom Bahnhof S. abfahren ließ, obwohl der Zug nicht ordnungsmäßig „eingelegt" und den Zugmeldestellen nicht gemeldet worden war. Daß dies nicht geschehen war, hat E. schuldhaft übersehen, weil er bei Antritt seines Dienstes die ihm von seinem Dienstvorgänger beim Dienstwechsel übergebene Mappe „heute gültig" bloß flüchtig durchgeblättert hat, anstatt sie aufmerksam durchzusehen. Zu einer solchen Durchsicht war er nach der Feststellung des Urteils unter allen Umständen verpflichtet. Er hatte auch genügend Zeit dazu. Deshalb ist der Einwand der Rev. unrichtig, E. hätte sich darauf verlassen dürfen, daß sein Dienstvorgänger die Mappe ordnungsmäßig durchgesehen und seine Pflicht erfüllt hatte. Zu der Zeit, als der Zug den Bahnhof S. verließ, hatte der Angekl. die Fahrdienstleitung. Sein Dienst hatte kurz nach 6 Uhr begonnen, der Arbeitszug ist erst 6,46 Uhr abgefahren. Der Angekl. mußte sich, bevor er den Zug abfahren ließ, überzeugen, ob der Zug den Zugmeldestellen vorschriftsmäßig gemeldet worden war. Dadurch, daß er die ihm gebotene Sorgfalt außer acht gelassen hat, hat er übersehen, daß der Zug nicht eingelegt worden war, und versäumt, die Einlegung zu veranlassen und die in Frage kommenden Zugmeldestellen telegraphisch von dem Verkehren dieses Sonderzuges in Kenntnis zu setzen. Diese Ausführungen der StrK. enthalten keine Überspannung des Begriffes der Fahrlässigkeit.

Der Ursachenzusammenhang zwischen dem fahrlässigen Verhalten des Angekl. und dem eingetretenen Unglück sowie die Voraussehbarkeit der Folgen sind bedenkenfrei nachgewiesen.

Die Auffassung der Rev., daß der Ursachenzusammenhang durch das Verhalten des Angekl. M. und des Lastkraftwagenführers B. unterbrochen worden sei, steht mit der Rspr. des RG. in Widerspruch. Ursache oder Mitursache eines rechtswidrigen Erfolges im strafrechtlichen Sinne ist jede — als Bedingung dieses Erfolges sich darstellende — Handlung oder Unterlassung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß damit auch der eingetretene Unfall ausgeblieben wäre (RGSt. 63, 213 und 387). Durch eine als Zwischenursache wirksame — schuldhafte oder schuldlose — Handlung eines anderen wird der Ursachenzusammenhang nicht ausgeschlossen, wenn nur diese Zwischenursache im Rahmen der allgemeinen Erfahrung liegt (RGSt. 56, 343, 348; 58, 130, 131; 58, 366; 61, 318; 64, 316 und 370, 372). Dafür, daß etwa der Unfall auch dann eingetreten wäre, wenn der Angekl. pflichtgemäß gehandelt hätte, fehlt nach den Urteilsdarlegungen jeder Anhalt.

Der Einwand, E. habe keine Zeit zum Überlegen gehabt und die einzelnen Umstände, die nach und nach zu dem Unfall geführt haben, nicht voraussehen können, greift nicht durch. Denn zu dem Nachweis, daß der Angekl. bei pflichtmäßiger Aufmerksamkeit den Eintritt des Unfalls als mögliche Folge des ihm zur Last fallenden schuldhaften Verhaltens voraussehen konnte, bedurfte es nicht der Feststellung, daß er sich alle Einzelheiten des in diesem Falle wirklich eingetretenen ursächlichen Verlaufs im voraus hätte vergegenwärtigen können. Vielmehr genügt es, daß die Folge der Ursachenreihe, wie sie sich hier abgespielt hat, ihrer allgemeinen Art nach so beschaffen war, daß der Angekl. auf Grund seiner Erfahrung mit ihrem Eintritt rechnen mußte (RGSt. 29, 221; 34, 91; 35, 131; 54, 349; 56, 343). Das ist aber nach dem festgestellten Sachverhalt nicht zweifelhaft.

Der Angekl. H. hat am Tage des Unfalles auf dem Bahnhof B. als Fahrdienstleiter die Abmeldung des von E. abgelassenen Arbeitszuges entgegengenommen und das Ein- und Ausfahrtssignal gegeben, so daß der Arbeitszug den Bahnhof B. durchfahren konnte, ohne anzuhalten. Die StrK. erblickt sein Verschulden ohne Rechtsirrtum darin, daß er das Durchfahrtssignal gab, obwohl er sah, daß der Sonderzug nicht auf der Merktafel stand, daß er nicht vorschriftsmäßig eingelegt und mithin das Bahnhofs- und Streckenpersonal nicht verständigt war. Für diese Verständigung hätte er sorgen müssen, bevor er dem Zug die Durchfahrt durch den Bahnhof gestattete. Er durfte sich nicht darauf verlassen, daß M. die Schranke rechtzeitig schließen werde, weil eben der Sonderzug nicht eingelegt worden war. Das ist in dem Urteil einwandfrei dargelegt worden.

Damit ist seine Fahrlässigkeit ausreichend nachgewiesen. Gegenüber den Einwendungen der Rev. kann auf das oben Gesagte Bezug genommen werden. Soweit die Rev. weiter einwendet, daß H. nach den Dienstvorschriften nicht die Verpflichtung gehabt habe, M. telephonisch oder durch Zuruf zu verständigen, ist folgendes hervorzuheben. Die StrK. hat insoweit auch keine Verletzung einer Dienstvorschrift erblickt. Sondern sie hat nur zum Ausdruck gebracht, daß H., nachdem er nun einmal fahrlässig gehandelt hatte, zum mindesten noch durch eine nachträgliche Verständigung des M. hätte versuchen müssen, etwaige Folgen seiner Fahrlässigkeit zu verhindern.

Das Verschulden des M. liegt nach der Auffassung der StrK. darin, daß er gegen seine Vorschriften und die ihm allgemein gegebene Anweisung, die Schranken zu schließen, wenn

ein Zug an das Hs-Signal 3 herangekommen war, die Schranken nicht rechtzeitig und vollständig geschlossen hat. Hätte M. diese Anweisung befolgt, dann wären die Schranken geschlossen gewesen, als der Arbeitszug sich dem Übergang näherte, und es wäre, wie die StrK. feststellt, der Lastkraftwagen noch vor dem Schrankenbaum zum Halten gebracht worden, da dieser dann von dem Licht der Lastwagenlaternen in voller Breite beleuchtet worden wäre.

Auch die Verurteilung der Angekl. H. und M. wegen fahrlässiger Tötung gibt hiernach zu rechtlichen Bedenken keinen Anlaß. Die StrK. hat mit rechtlich einwandfreier Begründung dargelegt, daß der Zusammenstoß auf das pflichtwidrige fahrlässige Verhalten eines jeden der drei Angekl. zurückzuführen ist. Jeder von ihnen hat gegen seine Dienstvorschriften verstoßen und dadurch fahrlässig gehandelt. Das Ineinandergreifen der Pflichtwidrigkeiten der Angekl. hat schließlich den Unfall herbeigeführt. Bei jedem der Angekl. ist unter den festgestellten Umständen die Voraussehbarkeit des Erfolges ohne Rechtsirrtum festgestellt worden.

Das Urteil weist aber insoweit einen Rechtsfehler auf, als die StrK. übersehen hat, daß die Angekl. sich nach den Feststellungen in Tateinheit mit den Vergehen nach § 222 Abs. 1 und 2 StGB. der fahrlässigen Eisenbahntransportgefährdung nach §§ 316 Abs. 1, 315 Abs. 1 StGB. schuldig gemacht haben. Insoweit konnte das Urteil im Schuldspruch durch das RevG. berichtigt werden.

Fehlerhaft ist ferner, daß die StrK. sich hinsichtlich des von den Angekl. geltend gemachten Verschuldens des Lastkraftwagenführers B. auf den Satz beschränkt hat, daß ein solches Mitverschulden nicht habe festgestellt werden können. Durch ein Verschulden des B., ist zwar — worauf oben bereits hingewiesen worden ist — nach dem festgestellten Sachverhalt das Verschulden der Angekl. nicht ausgeschaltet. Es hätte aber deshalb einer Prüfung bedurft, weil es, worauf die Rev. mit Recht hinweisen, für das Strafmaß von Bedeutung sein konnte.

Ein Mitverschulden des Lastkraftwagenführers würde dann in Frage kommen, wenn er bei der Fahrt an und über den mit Schranken versehenen Bahnübergang die ihm obliegende Sorgfaltspflicht, die sich aus §§ 25, 27 RStraßVerkO. und AusfAnw. (vgl. jetzt §§ 1, 9, 13 RStraßVerkO. v. 13. Nov. 1937), § 79 EisBBetrO. ergibt, pflichtwidrig außer acht gelassen hätte. Der Hinweis der Rev. auf die Entsch. des erk. Sen. v. 21. Okt. 1937, 2 D 570/37: JW. 1938, 31[7] m. Anm.; DAR. 1937, 381, 361; 1938, 137—150 und 214) erscheint nicht ohne weiteres verfehlt. In ihr ist die Verurteilung des Führers eines Lastzuges wegen fahrlässiger Eisenbahntransportgefährdung in Tateinheit mit fahrlässiger Körperverletzung und mit Übertretung der §§ 25, 36 RStraßVerkO. gebilligt worden, weil er bei der Annäherung an einen beschrankten Bahnübergang trotz der Warnzeichen nur auf die Schranke geachtet hatte, anstatt — was ihm ohne weiteres möglich gewesen wäre — sein Augenmerk auch auf die Bahnstrecke zu richten. In dem dort behandelten Fall war von der StrK. mit eingehender Begründung u. a. festgestellt worden, daß die Sicht nach der rechten Seite, von der aus der 500 m lange Güterzug herankam, nicht behindert war. Der Bahnkörper war von der Straße aus auf einer Strecke von mehr als 500 m (vom Überweg aus) frei einzusehen; der Zug war deutlich zu sehen, zumal, da auch noch die Lampen an der Lokomotive brannten und von der Maschine stärkerer Rauch hochstieg. Unter diesen Umständen hat der Senat hervorgehoben, daß das Offenstehen der Schranke den Verurteilten nicht von der Pflicht befreit habe, sich rechtzeitig davon zu überzeugen, daß sich kein Eisenbahnzug in gefahrdrohender Weise näherte. Daß der Verurteilte dieser Pflicht, die für jeden seiner Verantwortung bewußten Kraftfahrer selbstverständlich ist, ohne weiteres durch einen Blick nach rechts hätte nachkommen können, war bei dem festgestellten Sachverhalt nicht zweifelhaft.

Welches Maß von Sorgfalt im Einzelfall anzuwenden ist, hat in erster Linie der Tatrichter zu beurteilen. Ihm liegt daher die Verpflichtung ob, alle in Frage kommenden Verhältnisse festzustellen und zu würdigen. Im vorl. Falle hätte die StrK. u. a. prüfen müssen, ob der Führer des Lastkraftwagens B. bei Anwendung der Aufmerksamkeit, die ihm unter den gegebenen Umständen hätte zugemutet werden können, von seinem Fahrzeug aus rechtzeitig bemerken konnte, daß ein Zug sich näherte. Der Umstand, daß er, wenn die Schranke offen gewesen wäre, zwar zunächst davon hätte ausgehen können, daß kein Zug kommen würde, würde ihn nicht ohne weiteres von der Pflicht befreit haben, Vorsicht zu üben und die Augen offen zu halten. Von Bedeutung würde auch sein können, ob B. sehen konnte, in welcher Lage die Schranke tatsächlich war, ob etwa der Lokomotivführer vor dem Überfahren des Überganges einen Achtungspfiff abgegeben hat, ob die Schranke mit einem Läutewerk versehen war, und ob B. die etwa abgegebenen Warnzeichen hätte hören müssen. Andererseits wäre u. a. aber auch zu prüfen gewesen, ob B. den Schrankenwärter M. beobachten und annehmen konnte, daß er die Bahnschranke ordnungsmäßig bedienen würde, und ob er zu dem Zeitpunkt, als M. begann, die Schranke herunterzulassen, überhaupt noch rechtzeitig halten konnte.

(RG., 2. StrSen. v. 18. Juli 1938, 2 D 301/38.)

*

10. OLG. — § 242 StGB. Diebstahl eines Scheckformulars und nachträgliche unbefugte Ausfüllung zur Abhebung. Tatmehrheit. Keine „straflose Nachtat".

(OLG. München, Urt. v. 23. Juni 1938, 2 Ss 68/38.)

Bemerkung: Tatbestand und Entscheidungsgründe sind in diesem Heft S. 2347 Nr. 26 abgedruckt

*

11. RG. — §§ 246, 266, 267, 271 StGB.

1. In der Unterzeichnung eines gerichtlichen Vergleichsprotokolls mit falschen Namen liegt die fälschliche Anfertigung einer Privaturkunde (§ 267 StGB.) und zugleich in Tateinheit damit mittelbare Falschbeurkundung (§ 271 StGB.) (RGSt. 39, 346; 61, 410).

2. Für den Mißbrauchstatbestand des § 266 StGB. genügt ein noch so beschränkter Auftrag und seine ungetreue Ausführung.

3. Verhältnis der Untreue zur Unterschlagung.

Es ist rechtsirrig, wenn die StrK. annimmt, der Angekl. habe durch die Unterzeichnung mit dem falschen Namen eine öffentliche Urkunde — das gerichtliche Protokoll — fälschlich angefertigt. Es war hier zu prüfen, ob der Angekl. durch die unwahre Unterzeichnung im Rahmen des gerichtlichen Protokolls eine Privaturkunde fälschlich angefertigt hat und ob er sich zugleich in Tateinheit mit dem Verstoß gegen § 267 nach § 271 StGB. schuldig gemacht hat (RGSt. 39, 346; 61, 410).

Zur letzteren Frage kommt es darauf an, ob sich die öffentliche Beweiskraft des gerichtlichen Protokolls über den Vergleich auf die Identität der Vertragschließenden erstreckt. Denn § 271 StGB. gewährt Strafschutz nur soweit, wie die öffentliche Beweiskraft der Urkunde im Einzelfalle reicht (RGSt. 59, 13, 19). Es ist mit der Rspr. des RG. davon auszugehen, daß sich gemäß § 164 ZPO. die ausschließliche Beweiskraft des Protokolls über die mündliche Verhandlung im Zivilprozeß nur auf die Beobachtung der für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten bezieht (RGSt. 58, 58, 378; 59, 19; 61, 412/13). Daraus folgt aber nicht, daß bei Aufnahme eines gerichtlichen Vergleichs i. S. des § 794 Nr. 1 ZPO. die in der Urkunde enthaltenen Angaben über die Personen der Beteiligten nicht von der öffentlichen Beweiskraft der Beurkundung umfaßt werden. Denn der gerichtliche Vergleich hat den Doppelcharakter als prozessuales und als Privatrechtsgeschäft. Gerade für die öffentliche Beurkundung rechtsgeschäftlicher Vorgänge muß gelten, daß die aus dem Gegenstande zu entnehmende Zweckbestimmung der Beurkundung zur grundsätzlichen Bejahung der bereits hervorgehobenen umfassenderen Beweiskraft führen muß (RGSt. 61, 413). Das RG. hat in dieser Entsch. mit Recht darauf abgestellt, daß der rechtsgeschäftliche Vorgang sich von der Person der Beteiligten begrifflich nicht trennen läßt und seine Bedeutung darin liegt, daß die Abgabe einer bestimmten Willenserklärung, die Vornahme einer bestimmten Rechtshandlung auch seitens einer bestimmten Person geschah. Diese Gesichtspunkte treffen auch auf einen Vergleich nach § 794 Nr. 1 ZPO. zu, soweit der materiellrechtliche Gehalt in Betracht

gezogen wird. Es ist weder aus dem Sinn des Vergleichs als solchen noch aus der Art und Weise seiner vom Gesetz geordneten Beurkundung nach der Verlautbarung der Beteiligten ein Grund dafür zu finden, ihn nicht hinsichtlich des Rahmens seiner Beweiskraft den Urkunden über rechtsgeschäftliche Vorgänge gleichzustellen, die in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, im Grundbuchwesen, im Notariat aufgenommen werden und sich in ihrer Beweiskraft auf die Identität der Beteiligten erstrecken.

Ist das Vergleichsprotokoll in Beachtung der wesentlichen Formvorschriften hergestellt — was im angefochtenen Urteil hätte dargetan werden sollen —, so ist es eine öffentliche Urkunde gemäß § 415 ZPO., § 267 StGB., deren Beweiskraft als solche sich auch auf die Angaben über die Person des Angekl. als eines an dem beurkundeten Rechtsgeschäft Beteiligten erstreckte. Der Angekl. hat dann durch Irreführung der Beamten den sachlichen Inhalt der an sich echten öffentlichen Urkunde beeinflußt und sich daher nach § 271 StGB. schuldig gemacht.

Seine Handlungsweise ist ferner als Privaturkundenfälschung (§ 267 StGB.) zu beurteilen, sofern er, wie das LG. angenommen hat, bezweckte, über die Identität seiner Person zu täuschen. Zu den Handlungen des Angekl., die den Tatbestand des § 271 mit verwirklicht haben, gehört auch, daß er das Vergleichsprotokoll mit falschen Namen unterschrieben hat. Die ZPO. sieht eine solche Unterzeichnung des Protokolls durch Beteiligte allerdings nicht vor. Ist sie aber geschehen, so ist nicht zweifelhaft, daß sich die Beweiskraft des Protokolls darauf bezieht, daß der unter einem bestimmten Namen aufgetretene Beteiligte die im Vergleich enthaltene Erklärung mit Namensunterschrift abgegeben hat. Das gilt daher auch für die Unterzeichnung durch den Angekl. Diese Namenszeichnung gab dem Gedanken erkennbaren schriftlichen Ausdruck, daß die vorangehenden Erklärungen von Kurt Sch. abgegeben seien. Es wurde damit eine Urkunde mit selbständigem Inhalt geschaffen (RGSt. 39, 346). Sie stellt sich als Privaturkunde dar, obwohl sie ihrem Inhalt nach von der Beweiskraft des Protokolls betroffen wurde. Denn durch ihre Anfertigung wurde nicht etwa das Protokoll als öffentliche Urkunde hergestellt. Anfertiger dieser Urkunde waren allein die Protokollbeamten. Der Angekl. kann auch nicht als mittelbarer Täter in dieser Beziehung angesehen werden. Die für das Entstehen des Protokolls maßgebenden Handlungen der Beamten machen die Sitzungsniederschrift zur öffentlichen Urkunde, und zu diesen Handlungen gehört die Unterschrift seitens des bei dem Vergleich beteiligten Angekl. nicht (RGSt. 61, 410).

Dem Angekl. war nach den Ausführungen zur rechtlichen Würdigung ein Einzelauftrag erteilt worden, der ihn zum Einkassieren einer Forderung des V. auf Kaufpreis ermächtigte. Das gemäß dieser Vollmacht eingenommene Geld hat der Angekl. für sich verbraucht. Es ist rechtsirrig, daß das LG. für diesen Sachverhalt Untreue verneint. Der dem Angekl. erteilte Auftrag gab ihm ohne weiteres die Befugnis über die Forderung des V. als Teil von dessen Vermögen zu verfügen, indem er sie für diesen einforderte und annahm. Daß damit sogleich das Eigentum an dem Gelde auf V. überging, ist eine Auswirkung der erteilten Vollmacht und kann keinen Grund für die Ansicht abgeben, daß der Vertreter keine Verfügungsmacht gehabt habe. Der Mißbrauchstatbestand setzt nicht mehrere oder umfangreiche Verwaltungs- oder Verfügungsermächtigungen voraus. Ein noch so beschränkter Auftrag und seine ungetreue Ausführung genügt, sofern damit ein Tatbestand des Mißbrauchs der übertragenen Verfügungsgewalt zum Nachteil des Auftragenden gegeben ist.

Bei dem hier behandelten Teilakt ist zweifelhaft, ob der Angekl. sich nur der Untreue oder dieses Vergehens in Tateinheit mit Unterschlagung schuldig gemacht hat. Zog er die Forderung schon mit dem Willen ein, das Geld für sich zu behalten, so handelt es sich bereits um ein ungetreues Verfügen über die Forderung seines Geschäftsherrn zu dessen Nachteil. Das Einziehen der Forderung war bereits Vermögensgefährdung. Der Eigentumserwerb des V. konnte daran nichts ändern. Ebensowenig konnte dann noch Unterschlagung seitens des Angekl. angenommen werden. Die Aneignung des Geldes hatte in strafrechtlicher Beziehung bereits mit der Vollendung der Untreue durch die Einziehung der Forderung stattgefunden. Unterschlagung seitens des Angekl. wäre nur straflose Nachtat (RGSt. 38, 266; 42, 420).

Falls der Angekl. erst nach der Einziehung der Forderung den Vorsatz der Aneignung des Geldes gefaßt haben sollte, würde nach dem Gesagten Untreue in Tateinheit mit Unterschlagung anzunehmen sein (RGSt. 69, 64 = JW. 1935, 941[26]).

(RG., 2. StrSen. v. 25. Mai 1938, 2 D 215/38.)

*

**** 12. RG. — §§ 252, 52 StGB. Der Begriff der Drohung mit „gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben" ist in § 52 StGB. enger auszulegen als in § 252 StGB. Aber auch für § 252 StGB. ist nicht jede Drohung mit einer gegenwärtigen Gefahr für die leibliche Unversehrtheit (z. B. Drohung mit einer Ohrfeige) als Gefahr für den Leib anzusehen.**

Der Angekl. hat eine Gastwirtschaft betreten, sie jedoch nach kurzer Zeit wieder verlassen und beim Weggehen ein am Eingang der Wirtschaft angestelltes Fahrrad des W. an sich genommen, um es sich anzueignen, und ist, das Fahrrad schiebend, damit weggegangen. Die diesen Vorgang beobachtende Ehefrau W. ist dem Angekl. gefolgt, sie hat ihn eingeholt und aufgefordert, das Fahrrad, das ihrem Manne gehöre, wieder herzugeben. Nachdem sich ein Bauarbeiter F. zu den beiden hinzugesellt hatte, hat der Angekl. im weiteren Verlauf des Streites zu der Frau W. gesagt: „Du bist wohl verrückt?! Du denkst wohl, weil du Fuhrwerksbesitzerin bist?! Ich werde dir gleich ein paar in die Schnauze pochen! Das kann mir egal sein, ob das Rad deins ist; mir haben sie vorige Woche mein Rad auch gemaust." Dabei holte er mit der Hand aus, um ihr eine Ohrfeige zu geben. Als nun noch mehrere Leute hinzukamen, ließ der Angekl. das Rad fallen und entfernte sich fluchtartig.

Die StrK. lehnt die Anwendung des § 252 StGB. auf diesen Sachverhalt ab, weil sie in der Handlung des Angekl. keine Drohung „mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben" erblickt; sie meint, es ergebe sich aus der Nebeneinanderstellung von „Leib" und „Leben", daß nicht jede drohende Körperverletzung i. S. des § 223 StGB. als eine solche Gefahr anzusehen sei; hierbei verweist die StrK. auf die einengende Auslegung, die der Begriff der „Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben" für § 52 StGB. in Wissenschaft und Praxis gefunden hat. Anderseits glaubt die StrK. nicht feststellen zu können, daß die Körperverletzung, die nach der Äußerung und Handlungsweise des Angekl. zu erwarten gewesen sei, eine nachhaltige Wirkung für Frau W. hätte haben können, weil der Angekl. mit einer Hand das Fahrrad festgehalten und nur mit der anderen Hand zum Schlage ausgeholt habe und weil der Bauarbeiter F. zur Hilfeleistung der Frau W. zur Seite gestanden habe.

Der demgegenüber von der Rev. vertretene Standpunkt, die einengende Auslegung des § 52 StGB. (vgl. dazu RGSt. 66, 397, 399) brauche nicht notwendig zu derselben engen Auslegung des Begriffs der Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben bei § 252 StGB. zu führen, muß zwar als richtig anerkannt werden. Es hat seinen guten Sinn, § 52 enger auszulegen, um ein Überhandnehmen der Anwendung des Strafausschließungsgrundes des Notstandes, insbes. seine Anwendung bei geringfügigen Anlässen, auszuschließen. Eine derartige Erwägung kommt bei § 252 StGB. nicht in Betracht. Hier ist vielmehr mit Rücksicht auf die Gefährlichkeit des Täters eine weitergehende Auslegung durchaus angebracht. Damit ist nun aber noch nicht gesagt, daß bei § 252 StGB. jede Drohung mit einer gegenwärtigen Gefahr für die leibliche Unversehrtheit — auch wenn es sich nur um eine ganz vorübergehende und unbedeutende Beeinträchtigung handelt — als Gefahr für den Leib anzusehen ist. Die Nebeneinanderstellung von „Leib" und „Leben" läßt vielmehr, wie die StrK. mit Recht betont, erkennen, daß der Gesetzgeber hier an Drohungen denkt, die nicht wegen der Geringfügigkeit des angedrohten Übels als völlig unerheblich angesehen werden müssen, und daß er darum auch eine Drohung mit einer völlig unerheblichen, wenn auch gegen den Körper oder das leibliche Wohlbefinden des andern ge-

richteten Handlung, nicht genügen lassen will. Wo die Grenzen einer i. S. des § 252 StGB. beachtlichen Drohung liegen, muß der Tatrichter auf Grund der besonderen Umstände des einzelnen Falles entscheiden. Von dieser Rechtsauffassung geht auch das LG. ersichtlich aus. Daran ändert die Tatsache nichts, daß es nebenbei seine Auffassung — zu Unrecht — auch auf die Auslegung stützt, die § 52 StGB. in Wissenschaft und Praxis gefunden hat. Denn das LG. hält die Drohung des angetrunkenen Angekl. unter den dargelegten besonderen Umständen für so unerheblich, daß es sie als eine Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für den Leib nicht werten zu können glaubt. Darin liegt kein Rechtsfehler.

(RG., 4. StrSen. v. 27. Mai 1938, 4 D 313/38.)

*

**** 13. RG. — § 260 StGB. Die einzelne Hehlereihandlung verliert dadurch, daß sie gewerbsmäßig begangen wird, nicht die Eigenschaft einer selbständigen Handlung.**

Nicht beizustimmen ist dem LG. insoweit, als es aus seiner Auffassung der gewerbsmäßigen Hehlerei als einer Sammelstraftat die beiden Handlungen des BeschwF. als eine juristische Einheit angesehen hat. Dieser Standpunkt der StrK. entspricht zwar der bisherigen Rspr. des RG. Sie ist indes hinsichtlich gewerbsmäßiger Hehlerei nicht mehr aufrechtzuerhalten.

Der Große Senat des RG. hat zur Frage gewerbsmäßiger Abtreibung entschieden, eine Abtreibung verliert dadurch, daß sie gewerbsmäßig begangen wird, nicht die Eigenschaft einer selbständigen Handlung (RGSt. 72, 164 = JW. 1938, 1513 [1]). Die dort gegebene Begründung trifft in den wesentlichen Punkten für die hier zu behandelnde Frage zu.

Aus der Fassung des § 260 StGB. „wer die Hehlerei gewerbsmäßig betreibt" ist nicht mit Notwendigkeit, wie vielfach angenommen worden ist, zu entnehmen, daß das Gesetz von einem Gewerbebetrieb ausgehen wollte. Dem Sinn des § 260 StGB. entspricht es mehr, daß jede Einzeltat, die mit dem zu dem Hehlereitatbestande hinzutretenden strafwürdigen Erwerbswillen begangen wird, mit höherer Strafe bedroht sein soll. Die Zusammenfassung gewerbsmäßiger Hehlereihandlungen zu einer Sammelstraftat ist eine Schöpfung der Rspr. und Wissenschaft. Man wollte damit den Bedürfnissen des Lebens entgegenkommen. Daß der Zweck vereinfachter Aburteilung bei einer dem Verfahrensrecht entsprechend durchgeführten Ermittlung und Feststellung der von einer Sammelstraftat umfaßten Einzelhandlungen nicht zu erreichen ist, ist in der Entscheidung des Großen Senats allgemein für alle Sammelstraftaten dargelegt. In gleicher Weise ist auf die verschiedenen Nachteile hingewiesen, die aus dem Wesen des Sammelverbrechens im Hinblick auf die materielle Rechtskraftwirkung einer wegen einer solchen Straftat ergangenen Sachentscheidung folgen, und die zu einem Hemmnis geworden sind, den Täter im Einzelfall so bestrafen zu können, wie er es verdient. Diese vom Großen Senat hervorgehobenen allgemeinen Gesichtspunkte rechtfertigen es, ebenso gegenüber der Regelung im § 260 StGB. davon auszugehen, daß auch die einzelne Hehlereihandlung nicht dadurch, daß sie gewerbsmäßig begangen wird, die Eigenschaft einer selbständigen Handlung verliert. Eines Anrufens des Großen Senats (§ 136 GVG.) bedurfte es nicht. Denn bei der hier erfolgten Abweichung von der bisherigen Rspr. handelt es sich im wesentlichen um ein Anwenden der auch für die Entscheidung des Großen Senats maßgebend gewesenen rechtlichen Gesichtspunkte.

(RG., 2. StrSen. v. 18. Juli 1938, 2 D 433/38.)

*

**** 14. RG. — § 288 StGB. Eine dem Schuldner nur zur Einziehung abgetretene Forderung gehört nicht zu seinem Vermögen i. S. des § 288 StGB.**

Ob auch solche Gegenstände sachlich zum „Vermögen" des Schuldners i. S. des § 288 StGB. gehören, die wirtschaftlich einem anderen zukommen, in deren Verwendung der Schuldner deshalb jenem anderen gegenüber (durch gesetzliche Vorschrift oder Vereinbarung) gebunden ist, und die der andere gegen Zugriffe Dritter zu schützen vermag (z. B. gemäß § 771 ZPO.), darüber finden sich Ausführungen in dem Urteil RGSt. 22, 211. Dort hatte der Ehemann zugunsten seiner Ehefrau auf ihm zustehende Einkünfte aus einem seiner Ehefrau gehörigen Vermögensgegenstand verzichtet, an denen nach den damaligen gesetzlichen Bestimmungen seinen Gläubigern ein Zugriffsrecht nur offenstand, soweit nicht die Einkünfte zur Erhaltung des Vermögensgegenstands und zum Unterhalt der Familie erforderlich waren. Im Rahmen dieser zuungunsten der Gläubiger geschaffenen sachlich-rechtlichen Beschränkung des ehemännlichen Nießbrauchrechts waren, so führt das RG. dort aus, jene Einkünfte jedem im Wege der Zwangsvollstreckung versuchten Zugriff der Gläubiger entzogen, sie stellten überhaupt keinen Gegenstand der Befriedigung dar, bildeten gleichsam keinen Bestandteil des Schuldnervermögens. Die Gläubiger bedürften daher in solchem Falle keines strafrechtlichen Schutzes. Die Auffassung, daß der Ehemann nicht durch seinen Verzicht der im Rechtswege gemäß § (690 =) 771 ZPO. vorzunehmenden Prüfung der Frage habe vorgreifen dürfen, ob und wieviel von den Nießbrauchserträgnissen dem pfändenden Gläubiger im Einzelfall zu überlassen sei, bezeichnet das RG. (S. 213 a. a. O.) ausdrücklich als rechtsirrtümlich; es werde damit in den § 288 ein Tatbestandsmerkmal hineingetragen, das dem Gesetz fremd sei, nämlich die Verpflichtung des Schuldners, die Entscheidung des Zivilrichters darüber abzuwarten, ob der Gegenstand, den er veräußern wolle, dem Zugriffsrecht seiner Gläubiger ganz oder teilweise unterliege.

Würde man diese Erwägungen auf den Fall anwenden, daß dem Schuldner eine Forderung nur zur Einziehung abgetreten worden ist, und demgemäß diese Forderung nicht zu seinem Vermögen i. S. des § 288 StGB. rechnen, so würde es im vorl. Fall auch am äußeren Tatbestand der Vollstreckungsvereitelung fehlen.

Das ist in der Tat, wie sich aus dem folgenden ergibt, gerechtfertigt.

Der erk. Sen. hat in seinem Urteil v. 20. April 1937 (RGSt. 71, 227 = JW. 1937, 2900 [3]) grundsätzlich ausgesprochen, daß der vom Strafgesetzgeber bezweckte Schutz des Gläubigers gegenüber einem böswilligen Schuldner im Falle der Einzelvollstreckung nicht weiter reichen solle als im Konkursfalle, daß deshalb die Grenze des unter Strafe gestellten Verhaltens für beide Arten der Vollstreckung übereinstimmend gezogen, zur Auslegung des § 288 StGB. also die §§ 239 ff. KO. und die zu ihnen ergangene Rspr. herangezogen werden müßten.

Das muß auch für den Begriff der „Vermögensbestandteile" (§ 288) gelten, der nicht anders abgegrenzt werden kann, als der der „Vermögensstücke" in dem dem § 288 auf dem Gebiet des Konkursrechtes entsprechenden § 239 Abs. 1 Nr. 1 der KO.

Es entspricht nun ständiger Rspr. des RG., daß, wie der Treugeber, so auch der nur zur Einziehung Abtretende im Konkurs dessen, dem er die Forderung abgetreten hat, ein Aussonderungsrecht i. S. des § 43 KO. hat, und ebenso, daß Gegenstände, hinsichtlich deren ein Aussonderungsrecht besteht, nicht zur Konkursmasse gehören.

Schon hieraus muß entnommen werden, daß solche Forderungen nicht zu den Vermögensstücken i. S. des § 239 Abs. 1 Nr. 1 KO. gehören. Das ist auch in dem Urteil RGSt. 66, 177 bis 178 und in dem nicht veröffentlichten Urteil des erk. Sen. v. 6. April 1937, 1 D 157/37 für bewegliche Sachen, die dem Schuldner unter Eigentumsvorbehalt geliefert worden sind, ausdrücklich ausgesprochen worden; danach ist nur das Beiseiteschaffen solcher Gegenstände strafbar, die im Falle des Verbleibens im Vermögen des späteren Gemeinschuldners zur Konkursmasse gehört haben würden; nicht hierunter fallen dagegen solche, an denen anderen Personen im Konkurs ein Aussonderungsrecht oder ein Recht auf abgesonderte Befriedigung zustehen würde. Folgerichtig unterliegt es auch nicht der Konkursanfechtung, wenn der Gemeinschuldner einen Aussonderungsberechtigten im Rahmen seines Rechtes befriedigt.

Es liegt kein Anlaß vor, den Fall von nur zur Einziehung abgetretenen Forderungen anders zu behandeln und damit unter den verschiedenen möglichen Aussonderungsrechten einen Unterschied zu machen.

Gegenteiliges kann auch nicht aus RGSt. 61, 408 entnom-

men werden, wo ebenfalls der innere Zusammenhang des § 288 StGB. mit dem Konkursrecht in den Vordergrund gestellt und für den Begriff des Vermögens i. S. des § 288 nicht das bürgerliche Recht, sondern das insoweit einschlagende Vollstreckungsrecht für maßgebend erklärt wird, also das der Zwangsvollstreckung oder des Konkurses, und wo zu den wirtschaftlichen Werten, die sich im Bannkreis der rechtlichen oder tatsächlichen Gewalt des Schuldners befinden, d. h. zu den Vermögensbestandteilen, deren er sich nicht ohne Verstoß gegen § 288 StGB. entäußern kann, auch bewegliche Sachen, die er dem pfändenden Gläubiger selbst zur Sicherung übereignet hat, dann gerechnet werden, wenn der Schuldner sie im Besitz hat; denn auch der Besitz könne Gegenstand des Vermögens des Schuldners und damit der gegen ihn gerichteten Zwangsvollstreckung sein.

Dem hier vertretenen Standpunkt kann auch nicht entgegengehalten werden, daß damit dem berechtigten Schutzbedürfnis des pfändenden Gläubigers zu wenig Rechnung getragen würde. Denn dieser hat kein sachlich-rechtlich und kein wirtschaftlich begründetes Interesse daran, daß ihm durch den Strafschutz des § 288 (oder des § 239 Abs. 1 Nr. 1 KO.) bei der Zwangsvollstreckung der Zugriff auf eine Forderung offengehalten werde, die sachlich-rechtlich und wirtschaftlich gar nicht seinem Schuldner zusteht, sondern dem, der sie dem Schuldner abgetreten hatte. Allerdings ist nach dem Recht der Zwangsvollstreckung eine Pfändung solcher Gegenstände nicht schon schlechthin unzulässig, auch kann sich gegen sie der Schuldner selbst nicht (etwa mit der Erinnerung des § 766 ZPO.) wehren, es ist vielmehr Sache des Treugebers, seinerseits gegen den pfändenden Gläubiger nach § 771 ZPO. vorzugehen, und es läßt sich auch grundsätzlich die Möglichkeit nicht ausschließen, daß einmal ein solcher Treugeber sein Recht nicht geltend machen könnte, so daß sich der pfändende Gläubiger trotz des ihm entgegenstehenden Rechtes des Treugebers aus dessen Vermögensstück zu befriedigen vermöchte. Diese Möglichkeit vermag es aber nicht zu rechtfertigen, die Weiterveräußerung eines solchen Gegenstandes nach § 288 StGB. zu bestrafen.

(RG., 1. StrSen. v. 24. Juni 1938, 1 D 415/38.)

Blutschutzgesetz

15. RG. — § 2 BlutschutzG.; § 11 der 1. DurchfVO. Die Rassenzugehörigkeit muß genau geprüft werden; die hierfür verwandten Unterlagen müssen im Urteil angegeben werden. — Liebeswerbungen, die die Frau zum Geschlechtsverkehr willensmäßig geneigt machen sollen, sich aber nach natürlicher Auffassung nicht als geschlechtliche Betätigung darstellen, sind kein Geschlechtsverkehr (Kuß, Spaziergänge). †)

Das LG. verurteilt den Angekl. wegen versuchter Rassenschande, begangen mit dem Servierfräulein Agnes S. Von ihr wird nur in der Schlußfeststellung gesagt, sie sei Staatsangehörige deutschen Blutes. Ein derartiges Verfahren entspricht nicht dem Gesetz. Wie das RG. mehrfach und der erk. Sen. auch in RGSt. 72, 162 = JW. 1938, 1239[2] ausgesprochen hat, bedürfen die Voraussetzungen der Rassenschande mit Rücksicht auf die Schwere des Verbrechens einer besonders sorgfältigen Prüfung. Insbesondere wird die Deutschblütigkeit durch Heranziehung der kirchlichen oder standesamtlichen Urkunden erwiesen werden müssen, falls diese ohne Schwierigkeiten beschafft werden können. Gegen diesen Grundsatz hat das LG. verstoßen.

Zur Frage des Geschlechtsverkehrs erachtet das LG. als erwiesen, daß der Angekl. in leidenschaftlicher, auf Geschlechtsbegehr fußender Art der Zeugin einen Kuß gegeben hatte. Ebenso ist festgestellt, daß er sie mehrfach zu abendlichen Spaziergängen aufgefordert hat in einer Form, die bei der Zeugin den Eindruck erweckte, er wolle alsdann mit ihr den Beischlaf vollziehen. Das Gericht hat diese Handlungen als versuchten Geschlechtsverkehr aufgefaßt. Es seien Handlungen, die notwendig zum Tatbestand dieses Verkehrs gehörten. Voraussetzung für die Duldung der Beiwohnung sei eine geschlechtliche Erregung der Frau vor dem Akt. Ihre Willensverfassung müsse so gestaltet sein, daß die natürlichen Hemmungen durch das geschlechtliche Verlangen unterdrückt würden. Diese Verfassung bedürfe vor dem Beischlaf einer besonderen Einwirkung. Hierzu dienten Werbungen wie Küsse, Umarmungen, Zureden und dergleichen. Diese Werbungen seien notwendige Voraussetzungen für die spätere freiwillige Hingabe. Die Werbungen brauchten zeitlich nicht unbedingt unmittelbar vor dem Geschlechtsakt zu liegen. Es sei denkbar, daß allmählich auf die Frau eingewirkt werde, um in ihr das Verlangen nach dem Akt zu erwecken und die Hemmungen zu beseitigen. Wesentlich sei, daß die Werbungshandlungen mit diesem Vorsatz erfolgten und daß der Mann bereits in geschlechtlicher Erregung handele und diese bei der Frau hervorrufe oder hervorrufen wolle.

Dies sei bei dem Angekl. festzustellen. Er habe die Zeugin geküßt, um sie geschlechtlich zu erregen, und habe dabei die Absicht gehabt, sie möglichst bald geschlechtlich zu gebrauchen. Zu diesem Zwecke habe er sie hinterher zu einem abendlichen Spaziergang aufgefordert. Dies seien Handlungen, die zur Verwirklichung der beabsichtigten Beiwohnung unbedingt erforderlich seien. Es seien nicht lediglich Handlungen, die den Geschlechtsverkehr vorbereiten sollten, sondern solche, die schon den Anfang der Ausführung darstellten. Das Verhalten des Angekl. sei nicht ein solches, das auf lange Sicht einen Geschlechtsakt in Aussicht nehme und zu diesem Zwecke Liebeshandlungen zeitige. Erst recht nicht habe er sich mit solchen begnügen wollen, sondern er habe bereits mit dem Geschlechtsverkehr begonnen, indem er die hierfür erforderliche Erregung, insbes. der Frau, in die Wege leitete.

Diese Ausführungen gehen fehl. Nach ihnen würde der Geschlechtsverkehr auch schon dadurch beginnen können, daß ein Mann voll sinnlichen Verlangens einer Frau sinnliche Blicke zuwirft, um sie für den späteren Geschlechtsverkehr geneigt zu machen. Versuch liegt vielmehr nur vor bei einer Handlung, die wegen ihrer unmittelbaren Zusammengehörigkeit zu einer geschlechtlichen Handlung i. S. des § 2 BlutschutzG. nach natürlicher Auffassung als deren Bestandteil erscheint (RGSt. 66, 142); wie beispielsweise beim Betreten des Schlafzimmers, beim Beginnen mit der Entkleidung (RGSt. 71, 5 = JW. 1937, 468[12]) und dergleichen. Fehlt es an dieser Voraussetzung, so ist nur eine vorbereitende Handlung gegeben.

(RG., 4. StrSen. v. 8. Juli 1938, 4 D 453/38.)

Anmerkung: Das Urteil verdient volle Zustimmung.

1. Zur Frage der Prüfung der rassischen Zugehörigkeit sollte es kaum noch eines weiteren Wortes bedürfen. Das RG. hat in zahlreichen in der JW. veröffentlichten Urteilen mit Recht immer wieder darauf hingewiesen, daß die lapidare Feststellung: „Der Angekl. ist Jude — die Zeugin ist deutschblütig" nicht den Erfordernissen eines Strafurteils entspricht. Wir sind gewöhnt, alle tatsächlichen Feststellungen unserer Strafurteile präzise getroffen und einwandfrei bewiesen zu sehen. Das muß auch für die Urteile in Rassenschandesachen gelten. Die Urteile allgemein, besonders aber in Rassenschandeverfahren, sollen hart, aber gerecht sein; zu einem gerechten Urteil gehört jedoch, daß die tatsächlichen Feststellungen in gewissenhafter Prüfung gewonnen sind und daß nicht nur das Prüfungsergebnis, sondern auch der Prüfungsweg, das Beweismaterial angeführt werden. Sicherlich ist — dafür bürgt die Gewissenhaftigkeit der deutschen Richter — in der weitaus überwiegenden Zahl jener Urteile, die vom RG. wegen fehlender Angaben über die Prüfung der Rassenzugehörigkeit aufgehoben worden sind, die Prüfung gewissenhaft vorgenommen worden; es ist nur vernachlässigt worden, die Tatsachen im Urteil zu erwähnen, die das Prüfungsergebnis tragen. Aber auch das darf nicht sein; denn das RevG. muß in die Lage gesetzt werden, diese Angaben nachzuprüfen. Es sollte eigentlich nun nicht mehr vorkommen, daß die Anführung dieser Angaben vergessen wird, nachdem das RG. diesen Mangel der Urteilsfassung wiederholt eindeutig gerügt hat.

2. Der erstrebte Erfolg kann nur dann erreicht werden, wenn die Rassengesetze unnachsichtig und kompromißlos angewandt werden. Halbheiten sind nirgends und hier am wenigsten angebracht. In dieser Hinsicht hat das RG. vor bald zwei Jahren durch die Entsch. des Großen Senates (JW. 1937, 160[10]) wegweisend gewirkt, indem es in Übereinstimmung mit einem

Teil des Schrifttums für alle deutschen Gerichte verbindlich entschied, daß unter Geschlechtsverkehr im Sinne des BlutschutzG. jegliche geschlechtliche Betätigung fällt. Damit ist dem § 2 BlutschutzG. ein Rahmen gegeben worden, der seiner Bedeutung entspricht und auch allein die Möglichkeit seiner wirksamen Handhabung gewährleistet.

Andererseits darf der Richter bei aller Schärfe und Strenge in der Rassenfrage nicht über die vom nationalsozialistischen Gesetzgeber bewußt gesteckten Grenzen hinausgehen. Werbungen, die eine geschlechtliche Betätigung erst ermöglichen sollen, sind eben noch keine geschlechtliche Betätigung, sind also nur Vorbereitungshandlungen. Gewiß ist es oftmals schwer, die Grenze zwischen Vorbereitungshandlung und Beginn der Ausführung selbst zu erkennen; die Grenzen sind flüssig. Man kann auch nicht allgemein sagen, daß ein Kuß immer nur Vorbereitungshandlung wäre. Es kommt jeweils auf die Situation, die Umstände des Einzelfalles, an. So, wie der Tatbestand nach den bisherigen Feststellungen der Strafkammer hier lag, läßt sich jedoch aus dem Verhalten des Angekl. nur eine Vorbereitungshandlung ersehen. Es muß klar unterschieden werden zwischen Handlungen, die die Willens- und Gefühlsverfassung der Frau zum Geschlechtsverkehr geneigt machen sollen, und solchen Handlungen, die schon in unmittelbarer Beziehung zum Geschlechtsverkehr selbst stehen. Verwerflich ist das eine wie das andere, strafbar aber ist nach dem BlutschutzG. nur das letztere.

Assessor Rudolf Leppin, Berlin.

Strafrechtliche Nebengesetze

**** 16. RG. — § 12 UnlWG.; § 2 StGB. Entsprechende Anwendung des § 12 UnlWG., wenn gegenüber dem Obermeister einer Innung ein Bestechungsversuch unternommen wird. Durch § 12 UnlWG. wird neben der Gefolgschaftstreue vor allem Anstand und gute Sitte im Verhältnis der Wettbewerber zueinander im geschäftlichen Leben geschützt.**

I. Die Vorschrift des § 12 UnlWG. darf nur angewandt werden, soweit nicht nach anderen Bestimmungen eine schwerere Strafe verwirkt wird. Es ist deshalb vorweg zu prüfen, ob das LG. die Anwendung des § 333 StGB. bedenkenfrei abgelehnt hat. Die Frage ist zu bejahen. Da der Obermeister einer Innung kein Beamter im staatsrechtlichen Sinne ist, könnte er als Beamter i. S. des § 359 StGB. nur angesehen werden, wenn er zu Dienstverrichtungen berufen wäre, die aus der Staatsgewalt abgeleitet werden oder staatlichen Zwecken dienen (RGSt. 66, 299). Keine der Voraussetzungen trifft zu. Die Innungen sind zwar Körperschaften des öffentlichen Rechtes, das Reich hat es aber nicht übernommen, die Aufgaben der Innungen als eigene Aufgabe zu führen. Das ergibt sich aus dem Gesetz über den vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks v. 29. Nov. 1933 (RGBl. I, 1015) und die dazu erlassenen VO., vor allem aus der 1. VO. über den vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks v. 15. Juni 1934 (RGBl. I, 493). Danach übt das Reich nur staatlichen Schutz und staatliche Förderung aus und damit auch staatliche Aufsicht, insbes. durch die Anordnung des ständischen Aufbaues des deutschen Handwerks unter Führung des Reichshandwerksmeisters, der unter der Aufsicht des RWiM. steht. Damit sind die Innungen aber nicht dem Staat angegliedert und nicht zur Erfüllung staatlicher Aufgaben berufen. Im Vordergrund stehen bei der Ordnung der gewerblichen Selbstverwaltung vorwiegend die Belange des einzelnen Selbstverwaltungskörpers (vgl. die §§ 43 ff. der VO.). Mögen diese Belange auch weitgehend mit den Belangen der Allgemeinheit Hand in Hand gehen, so genügt das nicht, den Leiter eines gewerblichen Selbstverwaltungskörpers als Beamten anzusehen. Die Rechtslage ist hier ähnlich wie bei den Ortskrankenkassen, deren Geschäftsführern und Angestellten, soweit sie nicht Vollziehungs- oder Vollstreckungsbeamte sind, die Beamteneigenschaft nicht zuerkannt worden ist (RGSt. 38, 17; 62, 24; 70, 234 = JW. 1936, 3005[48]; vgl. auch RGSt. 69, 231 = JW. 1935, 2202[6]; ferner das RGUrt. v. 16. Okt. 1936, 4 D 660/36 = JW. 1936, 3465[41] nach dem der Geschäftsführer einer gewerblichen Berufsgenossenschaft kein Beamter im strafrechtlichen Sinne ist).

II. Den § 12 Abs. 1 UnlWG. hat das LG. deshalb nicht angewendet,

1. weil eine Malerinnung kein geschäftlicher Betrieb sei,
2. weil der Obermeister einer Innung nicht als Beauftragter der einzelnen Geschäftsbetriebe der Innungsangehörigen angesehen werden könne;
3. weil zum inneren Tatbestande dem Angekl. nicht das Bewußtsein der Unlauterkeit seiner Handlungsweise nachgewiesen werden könne.

Zu 1. Es braucht hier nicht untersucht zu werden, ob und inwieweit es zu den Aufgaben der Innungen gehört, einen geschäftlichen Betrieb zu unterhalten; es könnten hierfür nur Betriebe solcher Art in Frage kommen, wie sie in § 43 Abs. 1 Nr. 4 a und b der genannten VO. v. 15. Juni 1934 erwähnt sind. Ganz abgesehen davon hatte das Ansinnen, das der Angekl. an die Obermeister richtete, keinesfalls etwas mit einem etwa vorhandenen geschäftlichen Betrieb der Innungen zu tun. § 12 UnlWG., der das Schmiergeldverbot auf die Angestellten und Beauftragten geschäftlicher Betriebe beschränkt, bringt damit zum Ausdruck, daß nur solche Angebote, Versprechen, Forderungen, Annahmen usw. getroffen werden sollen, die mit Handlungen der Vorteilsempfänger innerhalb ihrer geschäftlichen Betätigung im Betrieb in Verbindung gebracht werden, oder anders ausgedrückt: Der Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen, für den die Bevorzugung angestrebt wird, muß eine Angelegenheit der geschäftlichen Seite des Betriebes sein, dem der Vorteilsempfänger als Beauftragter angehört (vgl. RGSt. 72, 132 = JW. 1938, 2006[5]). Daran fehlt es hier, sofern man nur die Stellung der Obermeister als Angestellte oder Beauftragte der Innungen in Betracht zieht.

Zu 2. Anders würde es allerdings sein, wenn die Obermeister der Innungen als „Beauftragte" der einzelnen Geschäftsbetriebe der Innungsangehörigen angesehen werden könnten. Der Begriff des „Beauftragten" im Sinne der strafrechtlichen Vorschrift des § 12 UnlWG. ist nach der Rspr. des RG. in weitestem Sinne zu nehmen; als strafrechtlicher Begriff ist er ähnlich auszulegen, wie der des Bevollmächtigten i. S. des § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. a. F. Es genügt hiernach, daß sich jemand, ohne selbst Inhaber eines Betriebs zu sein, durch seine Stellung, wenn auch auf Grund gesetzlicher Regelung, in einem Verhältnis zu dem Betriebe befindet, das ihn zu geschäftlichem Handeln für den Betrieb berechtigt und verpflichtet und ihm unmittelbaren oder mittelbaren Einfluß auf die geschäftlichen Entschließungen einräumt, die für den Betrieb zu treffen sind (RGSt. 68, 70 = JW. 1934, 2068[31]; RGSt. 68, 119 = JW. 1934, 1360[23]; RGSt. 68, 263 = JW. 1934, 2915[18]). Diese Stellung hat jedoch nicht der Obermeister einer Innung. Er hat als Führer der Innung gewisse Aufsichts- und Anweisungsrechte; mit der Geschäftsführung des einzelnen Betriebs aber hat er nichts zu tun; vor allem hat er keinen im Recht begründeten Einfluß auf geschäftliche Entschließungen der einzelnen Innungsmitglieder. Auf der anderen Seite steht er zu den Betrieben der einzelnen Innungsmitglieder in keinem irgendwie gearteten Abhängigkeitsverhältnis, ohne das die Stellung eines „Angestellten" oder „Beauftragten" nicht zu denken ist.

Zu 3. Da hiernach § 12 Abs. 1 UnlWG. keinesfalls unmittelbar zutrifft, bedürfte es an sich in diesem Zusammenhang keiner Prüfung, ob die Ausführungen des Urteils zum inneren Tatbestand den Freispruch zu rechtfertigen vermöchten. Andererseits würde es sich erübrigen, zu der vom LG. erörterten Frage der entsprechenden Anwendbarkeit des § 12 UnlWG. Stellung zu nehmen, wenn es mit zutreffenden Gründen angenommen hätte, daß der Angekl. kein unlauteres Verhalten der Obermeister hätte herbeiführen wollen. Dies ist aber nicht der Fall; gegen die Ausführungen des LG. bestehen vielmehr durchgreifende Bedenken. Es hätte, um in dieser Frage zu einer einwandfreien Lösung zu gelangen, zunächst feststellen müssen, welcher Sinn dem Rundschreiben vom Mai 1937 zukam, d. h. in welchem Sinne es ein verständiger Leser auffassen mußte. Das LG. räumt ohne weiteres ein, daß das Rundschreiben möglicherweise gegen die Richtlinien verstieß, die der Präsident des Werberats der deutschen Wirtschaft für die Wirtschaftswerbung herausgegeben hat. Es legt aber nicht dar, worin dieser Verstoß gesehen werden könnte. Es befaßt sich überhaupt nicht mit der Frage,

was der Angekl. den Obermeistern zugemutet hat, sondern begnügt sich mit der Feststellung, daß das Verteidigungsvorbringen des Angekl. nicht widerlegbar sei, er habe nicht gewollt, daß die Obermeister über das Verteilen der Preislisten hinaus in unlauterer Weise tätig würden. Das LG. ist sich der Möglichkeit nicht bewußt geworden, daß das Verteidigungsvorbringen aus dem Sinne der Äußerung heraus widerlegt werden kann, und hat deshalb die Notwendigkeit nicht erkannt, daß dieser Sinn zunächst festgestellt werden muß.

Nach dem, was über den Inhalt dieses Rundschreibens im Urteil mitgeteilt wird, hat der Angekl. den Obermeistern vorausgesagt, sie würden bei eingehender Prüfung der übersandten Preislisten finden, daß es sich um ein besonders günstiges Angebot handle. Er hat sie weiter gebeten, die Preislisten an die von ihnen betreuten Meister zu verteilen und ihnen als Gegenleistung für ihre Bemühungen im ersten Jahr 5 % des Wertes der eingehenden Aufträge versprochen. Er hat die Obermeister ferner gebeten, ihm die Namen der Malermeister anzugeben, an die sie eine Liste abgegeben hätten. Den Sinn dieser Aufforderung auszulegen ist zwar Sache des Tatrichters. Er kann aber, wenn nicht besondere, bisher nicht festgestellte Umstände hinzutreten, kaum ein anderer sein, als der, daß der Angekl. den Obermeistern eine Vergütung (Provision) von 5 % für die von ihnen vermittelten Lieferungen versprochen hat. Hierin würde dann wohl auch die nach aller Lebenserfahrung sehr naheliegende Zumutung zu finden sein, die Obermeister sollten die Ware des Angekl., unter Ausnützung ihrer Stellung als Innungsführer mit Rücksicht auf die ihnen in Aussicht gestellte Vergütung, also nicht aus sachlichen Erwägungen und ohne vorherige Prüfung der Ware, empfehlen. Hätte ein Obermeister einer solchen Zumutung entsprochen, so hätte er unlauter gehandelt (vgl. RGSt. 66, 16). Für den inneren Tatbestand käme es dann zunächst darauf an, ob sich der Angekl. dieses Sinnes seiner Äußerung bewußt geworden ist. Bejahendenfalls wäre dann, soweit die Sachlage von hier aus beurteilt werden kann, kaum der Folgerung auszuweichen, daß der Angekl. durch unlauteres Verhalten der Obermeister eine Bevorzugung für sich zu erlangen suchte. Denn wenn er bewußt ein Angebot unlauteren Sinnes an die Obermeister gerichtet hätte, so müßte doch sein Vorsatz dahin gegangen sein, sie sollten sich seinem Angebot entsprechend verhalten.

Das LG. wird daher an der Feststellung des Sinnes des Rundschreibens vom Mai 1937 nicht vorbei können. Dabei kann ihm ein Beweisanzeichen für den Sinn der Umstand sein, daß sich „zahlreiche" Obermeister über dieses Rundschreiben beschwert haben; es wäre zu prüfen, ob sie das Rundschreiben in dem Sinne aufgefaßt haben, daß ihnen ein unlauteres Verhalten zugemutet wird. Dem zweiten Rundschreiben des Angekl., das er erst abgeschickt hat, als er von den Beschw. Kenntnis erlangt hatte, kommt möglicherweise für die Auslegung des ersten Rundschreibens keine Bedeutung zu.

III. Käme das LG. zur Bejahung der soeben behandelten Frage, also zur Feststellung, daß der Angekl. bewußt den Obermeistern ein unlauteres Verhalten zugemutet hätte, so wäre der § 12 Abs. 1 UnlWG. entsprechend anwendbar, seine Tat würde nach dem Grundgedanken dieses Gesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdienen.

Das LG. meint allerdings, der Grundgedanke des § 12 UnlWG. sei, „die Gefolgschaftstreue unversehrt zu erhalten", der Innungsobermeister sei aber mit den einzelnen Handwerksmeistern nicht durch Gefolgschaftstreue verbunden. Damit verkennt es offensichtlich den Grundgedanken des Gesetzes. Durch § 12 a. a. O. wird neben der Gefolgschaftstreue vor allem Anstand und gute Sitte im Verhältnis der Wettbewerber zueinander im geschäftlichen Leben geschützt (RGSt. 58, 429). Wenn der Angekl. dem Obermeister einer Innung Geldlohn für den Fall in Aussicht gestellt hätte, daß er für ihn werbend tätig werde, um mit dieser Hilfe seinen Umsatz zu steigern und damit vor seinen Mitbewerbern eine Bevorzugung zu gewinnen, hätte er in den vom Gesetz angestrebten Zustand eingegriffen, daß der Wettbewerb im geschäftlichen Leben nur auf lauterer Grundlage vor sich gehe. Der Angekl. hätte damit im geschäftlichen Verkehr einem anderen Vorteile versprochen, um durch dessen unlauteres Verhalten bei dem Bezuge von Waren für sich eine Bevorzugung zu erlangen. Nur insoferne würde es an dem vollen Tatbestande des § 12 Abs. 1 UnlWG. fehlen, als jener andere eben kein Angestellter oder Beauftragter der geschäftlichen Betriebe wäre, bei denen sich der Angekl. die Bevorzugung verschaffen wollte. Das Gesetz hat aber dadurch, daß es sich dem Wortlaut nach auf Angestellte und Beauftragte beschränkt, nicht etwa seinen Grundgedanken eingeengt. Dadurch, daß man bei der Strafdrohung gegen die sog. „Angestelltenbestechung" — wie übrigens auch im § 4 Abs. 2 — dem eigentlichen Angestellten auch noch die „Beauftragten" hinzufügte, hat man die Reichweite des Gesetzes möglichst ausdehnen wollen. Auch in seiner Entstehungsgeschichte spricht nichts dafür, daß man sich damit auf eine bestimmte Grenze nach außen hin hätte festlegen wollen. Allerdings kann nicht jeder beliebige Dritte auf die im § 12 UnlWG. bezeichnete Weise bestochen werden. Wer aber zu einem geschäftlichen Betriebe, ohne dessen Angestellter oder Beauftragter zu sein, immerhin in einer solchen Beziehung *rechtlicher* Art steht, daß er damit, wenn auch ohne rechtliche Befugnis oder Verpflichtung hierzu, tatsächlich auf die den Umsatz betr. Maßnahmen einzuwirken in der Lage ist, der fällt nach dem Grundgedanken des Gesetzes in den Kreis derer, von deren Bestechlichkeit es den geschäftlichen Verkehr reinhalten will. Das trifft zu auf das Verhältnis des Obermeisters einer Innung zu den Betrieben der einzelnen Innungsmitglieder.

(RG., 1. StrSen. v. 19. Juli 1938, 1 D 243/38.)

*

17. OLG. — §§ 1, 9 SprengstoffG. v. 9. Juni 1884. Zum Begriff des Unternehmens, ohne polizeiliche Ermächtigung Sprengstoffe an andere zu überlassen, und zum Begriff des Besitzes an derartigen Stoffen.

Die Angekl. sind durch das SchöffG. in Sondershausen am 1. März 1938 unter anderem wegen Vergehens gegen § 9 SprengstoffG. v. 9. Juni 1884 zu je drei Monaten Gefängnis verurteilt.

Das SchöffG. hat bzgl. dieser Tat folgende tatsächliche Feststellungen getroffen: Der Angekl. B. ist im Besitz eines ihm vom Gewerbeaufsichtsamt ausgestellten Sprengstofferlaubnisscheins, den er in seiner früheren Stellung als Kreisobstbaumwärter benötigte. Diese Stellung war ihm jedoch inzwischen gekündigt worden. Er arbeitet jetzt in einem X.er Betrieb. Im Herbst 1937 trat der Mitangekl. S. an ihn heran mit der Bitte, die zu einer Obstbaumneuanpflanzung auf seinem Acker notwendigen Gruben zu sprengen. S. hatte zwar einen Sprengmeisterkursus durchgemacht, war jedoch nicht im Besitz eines Sprengstofferlaubnisscheins.

Die Arbeiten wurden an einem Sonntag begonnen sie konnten nicht beendigt werden, da ein für das Graben der Sprenglöcher benutztes Schlageisen abbrach. Am Montag wurden dann die Arbeiten nach Rückkehr B.s von seiner Arbeitsstelle in X. fortgesetzt. Die einbrechende Dunkelheit verhinderte jedoch das Abfeuern der letzten 36 bereits fertiggemachten Sprengschüsse. B. vereinbarte nun mit S., daß dieser am nächsten Morgen die restlichen Sprengschüsse abfeuern solle. S. feuerte am nächsten Morgen auch eine Reihe von Sprengschüssen ab, bevor ihm der hinzukommende Gendarmeriebeamte das weitere Tätigwerden untersagte.

Das SchöffG. hat in diesem Verhalten der Angekl. einen Verstoß gegen die Vorschriften des „Ges. gegen den verbrecherischen und gemeingefährlichen Gebrauch von Sprengstoffen" erblickt. Nach dem § 9 dieses Gesetzes ist zu bestrafen, wer der Vorschrift des § 1 Abs. 1 des Gesetzes zuwider es unternimmt, ohne polizeiliche Ermächtigung Sprengstoffe an andere zu überlassen, oder wer im Besitze derartiger Stoffe betroffen wird. Das Überlassen hat das Gericht darin gesehen, daß sich der Angekl. B. von den weiteren Sprengarbeiten zurückzog, um sie dem Mitangekl. S. zu überlassen. Dieser habe so die Verfügungsgewalt über den Sprengstoff allein ausüben können und sei daher im Besitz des Sprengstoffs gewesen.

Mit dem von beiden Angekl. eingelegten Rechtsmittel der Rev. wird das Urteil insoweit angefochten und die Anwendung des § 9 SprengstoffG. gerügt.

Zur Begründung wird angeführt: Das „Ges. gegen den verbrecherischen und gemeingefährlichen Gebrauch von Sprengstoffen" treffe überhaupt nicht auf den hier vorl. Fall eines bestimmungsgemäßen Gebrauchs zu. Zudem sei der Angekl. S. völlig rechtmäßig in den Besitz des Sprengstoffs gekommen, nämlich dadurch, daß der dazu berechtigte Angekl. B. den Sprengstoff in seinen Acker eingebracht habe. Die Löcher seien mit Erde fest zugestampft worden. Nachdem so die Besitzergreifung bereits erfolgt sei, könne von einer späteren Besitzüberlassung nicht mehr

gesprochen werden. Ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis habe auch überhaupt nicht vorgelegen, da die Patronen nicht ausgegraben worden seien. Als Erfüllungsgehilfe des B. habe S. die Patronen am anderen Morgen anzünden dürfen.

Der Rev. mußte der Erfolg versagt bleiben.

Das SprengstoffG. erblickt die Gemeingefährlichkeit in jedem Besitz von Sprengstoff ohne die in § 1 vorgeschriebene polizeiliche Erlaubnis. Es ist dabei für die Anwendung des § 9 unerheblich, ob mit dem Sprengstoff im Einzelfall bestimmungsgemäß verfahren ist. Solange die Sprengungen von dem zum Besitz von Sprengstoff berechtigten Angekl. B. ausgeführt wurden, behielt dieser den Gewahrsam an dem Sprengstoffe. Der Angekl. S. erlangte als Gehilfe des B. bei den Vorbereitungen zu den Sprengungen noch keinen Gewahrsam daran. Insbes. wurde dieser auch nicht durch das Einbringen der Patronen in den Acker des S. begründet. Der Besitz i. S. des bürgerlichen Rechts deckt sich nicht mit dem hier in Frage stehenden tatsächlichen Gewaltverhältnis, das im strafrechtlichen Sinne unter Besitz zu verstehen ist. Dieses ging vielmehr erst in dem Augenblick auf den Angekl. S. über, in dem B. ihm die weitere Ausführung der Sprengungen überließ und den Acker des S. verließ. Der Angekl. S. erlangte auf diese Weise die alleinige Einwirkungsmöglichkeit auf den Sprengstoff und hat auch von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht, indem er den Sprengstoff zur Entzündung brachte. In dieser Entzündung liegt eine sehr augenfällige Ausübung der tatsächlichen Herrschaft über den Sprengstoff, so daß auch insofern der Rev. nicht zuzustimmen ist, als sie einen Gewahrsam des S. an dem Sprengstoff für nicht gegeben erachtet. Die Ordnungsmäßigkeit der Sprengungen ist hierbei ohne Belang, da ihre Widerrechtlichkeit durch das Fehlen einer polizeilichen Ermächtigung für den S. bedingt ist. Der Sprengstofferlaubnisschein des B. deckte den Besitz und das Abfeuern der Schüsse durch S. nicht, da das Gesetz die Einholung der Erlaubnis für jeden einzelnen Besitzer vorschreibt.

Da somit das SchöffG. den § 9 SprengstoffG. ohne Rechtsirrtum angewandt hat, war die Rev. zu verwerfen.

(OLG. Naumburg, StrSen., Urt. v. 25. Juni 1938, Ss 73/38.)

*

18. RG. — §§ 1, 3, 11 EierVerkG. v. 20. Dez. 1933 (RGBl. I, 1094); §§ 7, 8 DurchfVO. v. 21. Dez. 1933 (RGBl. I, 1104). Jeder, der dem Erzeuger Eier abnimmt, gilt grundsätzlich als Inverkehrbringender. Bäckerei- und Konditoreibetriebe sind keine Verbraucher i. S. des § 7 DurchfVO.

Der Angekl. betreibt eine Bäckerei und Konditorei. Weil er von seinem Eierhändler nicht ausreichend beliefert wurde, fuhr er an einem Sonnabendnachmittag auf das Land, wo er, ohne im Besitze des Übernahmescheins A zu sein, über 1000 Eier aufkaufte, in der Absicht, sie in seinem Betriebe zu verwenden. Von der Beschuldigung, hierdurch gegen §§ 1, 3, 11 EierVerkG. v. 20. Dez. 1933 i. Verb. m. § 8 DurchfVO. v. 21. Dez. 1933 verstoßen zu haben, ist der Angekl. durch das angefochtene Urteil freigesprochen worden. Hierbei hat das AG. das Vorliegen eines Inverkehrbringens verneint, ferner die Ausnahmebestimmung des § 7 DurchfVO. zur Anwendung gebracht. Der Rev. der Staatsanwaltschaft war der Erfolg nicht zu versagen.

Was zunächst das Inverkehrbringen anlangt, so kann der Ansicht des AG., der Begriff verlange eine erfolgte Weitergabe der Eier seitens des Aufkäufers an andere Volksgenossen, nicht beigetreten werden. Wäre jene Ansicht richtig, so könnte die Feststellung allein, daß der Täter ohne Übernahmeschein A Eier in der Absicht der Weiterveräußerung aufgekauft hat, ein strafrechtliches Einschreiten noch nicht begründen; andererseits würde die Hinzufügung des Erfordernisses einer Weitergabe an Dritte das strafrechtliche Einschreiten mindestens erschweren, vielfach vereiteln, ein Ergebnis, das kaum in Einklang ist mit dem von der Regelung, insbes. den §§ 1, 3 EierVerkG. verfolgten Zwecke, im Interesse einer der Volksernährung zuträglichen Marktregelung den Eieranfall an der Quelle zu erfassen und die Erfassung unter nachhaltigen strafrechtlichen Schutz zu stellen (Schefold-Küthe-Niemann, „Die Neuordnung der deutschen Eierwirtschaft", 3, S. 12; Kunisch, „Die strafrechtliche Sicherung der deutschen Eiermarktordnung" in den Strafrechtl. Abh. 1936, Heft 370, S. 7). Der Senat billigt daher die vom OLG. Karlsruhe im Urt. v. 3. Juni 1937 (Ss 26/37) vertretene Auffassung, daß unbeschadet natürlich des § 7 DurchfVO. grundsätzlich jeder, der dem Erzeuger Eier abnimmt, als Inverkehrbringender zu gelten hat, also des Übernahmescheins A bedarf. Allerdings haben RG. und KG. mehrfach, so in Ansehung des OpiumG., LebMittG., FleischbeschauG. ausgesprochen, daß der Begriff des Inverkehrbringens eine vom Täter verursachte Übertragung der Verfügungsgewalt über den betreffenden Gegenstand auf einen anderen voraussetze, während der Empfänger als solcher weder als Täter noch, da sogenannte notwendige Teilnahme vorliege, i. S. der §§ 47 ff. StGB. als Teilnehmer in Betracht komme (RGSt. 23, 242; 62, 389; JFG. ErgBd. 15, 129). Aber es handelt sich dort um anders geartete Fälle; namentlich bezwecken die bezüglichen Bestimmungen der genannten Gesetze lediglich den Schutz des Verbrauchers gegen gesundheitliche Schädigungen; es ist daher ohne Bedenken, das Inverkehrbringen als das „Näherbringen an den Verbraucher" i. S. dieser Bestimmungen auf den Fall der Übertragung der Verfügungsgewalt seitens des Inverkehrbringenden zu beschränken. Dagegen ist hier nach dem Gesagten jener Gesichtspunkt nicht ausschlaggebend; übrigens geht auch das RG. davon aus, daß der Begriff des Inverkehrbringens aus dem besonderen Zwecke des jeweiligen Gesetzes heraus zu bestimmen sei (RGSt. 62, 388). Auch der Gesichtspunkt des Verbrauchers schließt das Inverkehrbringen an sich nicht aus; das folgt aus § 7 DurchfVO., da diese Ausnahmevorschrift sonst überflüssig wäre.

Maßgebend auch für die Beurteilung der Tragweite der Bestimmung des § 7 a. a. O. ist der Gesetzeszweck, der, wie bereits gesagt, vor allem darin besteht, zur Ermöglichung einer der Volksernährung dienlichen Eiermarktregelung den Eieranfall an der Quelle zu erfassen. § 7 a. a. O. ist daher, seinem ausnahmsweisen Charakter entsprechend, eng auszulegen. Ob unter diesen Umständen Gast-, Schank-, Speisewirtschaften als Verbraucher zu betrachten seien, mag dahingestellt bleiben. Keinesfalls kann diese Eigenschaft Verarbeitungsbetrieben zugesprochen werden, bei denen, wie bei Bäckerei- und Konditoreibetrieben, das Verzehren der unter Verwendung der Eier hergestellten Speisen ganz oder zum wesentlichen Teile nicht in den Räumen des Betriebs, sondern in der Häuslichkeit des Käufers sich zu vollziehen pflegt; denn unter solcher Voraussetzung ist der Betriebsinhaber grundsätzlich in der Lage, den Waren- und damit den Eierumsatz in gleichbleibenden Räumen bedeutend zu steigern, was naturgemäß, dem Gesetzeszweck zuwider, den Gesamtüberblick und eine wirksame Nachprüfung erschweren müßte. Eine enge Auslegung in der bezeichneten Richtung ist auch sonst dem Gesetz und den auf gesetzlicher Grundlage ergangenen Verordnungen zu entnehmen, und zwar nicht nur dem Zusatze „unmittelbar" im § 7 a. a. O., sondern auch der Anordnung der Hauptvereinigung der deutschen Eierwirtschaft v. 8. März 1937 (VerkündBl. des Reichsnährstands S. 115), die von „Selbstverbrauch" spricht und der zweiten Anordnung zur Regelung des Eiermarktes v. 9. Mai 1934 (DRA. Nr. 107), die als Verbraucher Krankenhäuser, Erziehungsanstalten, Wohlfahrtsanstalten und ähnliche Einrichtungen, also durch die räumlichen Grenzen ein für allemal festgelegter Haushalte, jedoch nicht Bäckerei- und Konditoreibetriebe anerkannt. Letztere sind nach alledem keine Verbraucher i. S. des § 7 DurchfVO., ein Ergebnis, das übrigens mit der in der Rechtslehre und Rspr. herrschenden Auffassung im Einklang steht (Schefold-Küthe-Niemann a. a. O., S. 27, 107; Kunisch a. a. O., S. 9; OLG. Karlsruhe a. a. O.).

(KG., 1. StrSen., Urt. v. 5. April 1938, 1 Ss 389/37.)

*

**** 19. RG. — § 2 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 1 WeinG. verbietet jede Mischung von deutschen und ausländischen Weinen (abgesehen von den ausdrücklich zugelassenen).**

Der § 2 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 1 WeinG. 1930 verbietet es grundsätzlich, deutschen Wein mit ausländischen Erzeugnissen zu verschneiden; nur für ganz bestimmte Fälle werden in den Abs. 2 bis 4 Ausnahmen zugelassen; keine von diesen Ausnahmen kommt hier in Betracht.

Das LG. läßt dahingestellt, ob der § 2 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 1 WeinG. jede Mischung von deutschen und ausländischen Weinen (abgesehen von den ausdrücklich zugelassenen) verbietet. Die Frage ist bestritten. Im Schrifttume (vgl. Hepp, WeinG. § 2 Anm. 5, 10) wird die Auffassung vertreten, das Verbot betreffe nur solche Verschnitte, bei denen die Mischung ihrer Art nach als deutscher Wein anzusehen sei. Für Zusätze deutschen Weines zu (der Art nach) ausländischen Weinen sei das Verbot — mit der Maßgabe des § 2 Abs. 2 Satz 1 — unanwendbar. Zur Begründung wird auf den Wortlaut des Gesetzes verwiesen; danach sei als „verschnitten" nur ein Wein anzusehen, der nachher noch die Art der Mischung bestimme. Weiter wird für die erwähnte Auslegung auch die Begründung des Gesetzes angeführt, nach der es als ein Mißstand bezeichnet worden sei, wenn unter deutschen Weinnamen Mischungen geführt würden, die erhebliche Zusätze ausländischen Weines enthielten; daraus ergebe sich, daß der Gesetzgeber nicht ausländische Weine vor deutschen Zusätzen habe schützen wollen.

Diese einengende Auslegung des § 2 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 1 WeinG. ist indes nicht zu billigen.

Gegen eine solche Auslegung spricht schon der Wortlaut des Gesetzes. Es ist nicht richtig, daß das Gesetz unter dem Ausdrucke „Verschnitt" nur solche Beimischungen verstehe, die die Art des Weines unberührt lassen; vielmehr versteht es unter dem Begriffe jede Beimischung. Das ergibt sich einmal aus dem § 2 Abs. 1, der die Begriffsbestimmung enthält; es ergibt sich aber weiter auch aus dem § 2 Abs. 5, der für den (minderwertigen) sog. „Hybridenwein" das Verschneiden mit anderem Wein ausschließt; nach der amtlichen Begründung dieser Vorschrift besteht kein Zweifel, daß hier jede Beimischung anderen Weines oder zu anderem Weine verboten werden soll.

Auch die Vorschrift des § 2 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 spricht gegen die einengende Auslegung; diese Ausnahme von dem Verschnittverbot ist in den Verhandlungen ausdrücklich damit begründet worden, daß für sie ein wirtschaftliches Bedürfnis bestehe, weil der deutsche Rotwein für sich allein oft zu farbenschwach sei. Dabei ist ausdrücklich erwähnt worden, daß man Weinverschnitte ausschließen wolle, für die kein wirtschaftliches Bedürfnis bestehe, und daß für Zusätze deutschen Weines zu ausländischem Weine kein solches Bedürfnis anzuerkennen sei.

Die einengende Auslegung würde auch eine starke Unsicherheit in den Verkehr mit Wein tragen. Sie macht eine klare Unterscheidung zwischen zulässigen und unzulässigen Weinverschnitten unmöglich. Daß aber der Gesetzgeber eine solche Unsicherheit habe im Kauf nehmen wollen, ist nicht anzunehmen. Sie wäre um deswillen schwer erträglich, weil das WeinG. in den §§ 13, 14 an unzulässige Verschnitte die schwerwiegende Folge knüpft, sie vom Verkehre vollständig auszuschließen und ihre Einfuhr zu verbieten. Welcher Wein die Art bestimmt, wäre bei Verschnitten, wie sie hier der Angekl. vorgenommen hat, in der großen Mehrzahl der Fälle auch kaum noch feststellbar.

Hiernach kann es für die Auslegung des Gesetzes nicht entscheidend sein, ob der Gesetzgeber bei der Vorschrift des § 2 Abs. 2 Satz 2 in erster Linie darauf bedacht gewesen ist, deutsche Weine vor ausländischen Beimischungen zu schützen; dieser Zweck wird auch bei der dem Wortlaute gemäßen Auslegung voll erreicht, wie sie hier vertreten wird. Die Entstehungsgeschichte des WeinG. bietet umgekehrt auch keinen Anhalt dafür, daß der Gesetzgeber Zusätze deutschen Weines zu ausländischem Weine hat gestatten wollen.

Die Rspr. (vgl. BayObLG. v. 5. Nov. 1934: JW. 1935, 546 ff.; OLG. Stuttgart v. 18. Jan. 1933: WürttZFreiwG. 1933 Spruchbeil. 85) hat sich der weiteren Auslegung angeschlossen; die Entscheidung RGSt. 49, 298 steht nicht entgegen; sie ist auf Grund einer anderen Gesetzeslage — zum § 2 Satz 2 WeinG. v. 7. April 1909 — ergangen und daher für die Auslegung des gegenwärtigen Gesetzes nicht verwertbar; auch das Schrifttum folgt überwiegend der hier vertretenen Auffassung (vgl. Schneidewin bei Stenglein, Nachtrag zur 5. Aufl., S. 81, 82, namentlich Anm. 3, 4; Holthöfer: JW. 1933, 2630). Diese Auslegung entspricht schließlich auch der Auffassung des zuständigen Ministeriums, wie sich aus dem RdErl. des RMdJ. vom 21. Mai 1932, II A 3112/17.5 an die Landesregierungen ergibt.

(RG., 3. StrSen. v. 18. Juli 1938, 3 D 324/38.)

*

20. RG. — §§ 119, 124, 145 BranntwMonG.

1. Nach § 145 BranntwMonG. ist die Mithaftung des Betriebsinhabers in der Regel auszusprechen — nach Abs. 2 des § 145 nur ausnahmsweise dann nicht, wenn nachgewiesen werden kann, daß der Betriebsinhaber keine Kenntnis von der Zuwiderhandlung gehabt hat.

2. Nach Maßgabe des mit Sicherheit hinterzogenen berechenbaren Mindestbetrages an Monopolerträgnissen schreibt § 119 BranntwMonG. eine „absolut bestimmte" Strafe — i. S. des § 354 Abs. 1 StPO. — vor, und diese ist dann nach § 124 des Gesetzes zu erhöhen, wenn der ganze hinterzogene Betrag den zahlenmäßig bestimmbaren Betrag jedenfalls übersteigt, der Mehrbetrag sich aber nicht genau „feststellen" läßt (RGSt. 60, 389; 63, 278, 286; RGUrt. v. 18. Dez. 1934, 1 D 1171/34 = JW. 1935, 949 [35]).

Die Rev. jedes der fünf Angekl. rügt, daß das angefochtene Urteil die strafrechtlichen Vorschriften der §§ 119—121, 124, 128, 147 BranntwMonG. verletze, weil „die in der Hauptverhandlung getroffenen Feststellungen nicht ausreichten, die Angekl. zu verurteilen". Dadurch ist in zulässiger Weise allgemein die Rüge der Verletzung sachlichen Rechtes erhoben.

Die Nachprüfung in sachlich-rechtlicher Hinsicht ergibt keinen rechtlichen Mangel der angefochtenen Entscheidung gegenüber den Angekl. H., B. und T.

Bei der Verurteilung der BeschwF. B. und T. hat das LG. allerdings mit unzutreffender Begründung es abgelehnt, die Mithaftung der Betriebsinhaber Lorenz B. und Sebastian T. für die Geldstrafen und die Kosten des Strafverfahrens auszusprechen, die die Angekl. B. und T. verwirkt haben. Denn das LG. stützt die Entscheidung in diesem Punkte darauf, es sei den Betriebsinhabern „nicht zu widerlegen", daß die Zuwiderhandlungen ohne ihr Wissen begangen seien; das Gericht nimmt also an, der Ausspruch der Mithaftung setze voraus, daß den Betriebsinhabern die Kenntnis des verbotswidrigen Branntweinbrennens zweifelsfrei nachgewiesen werde, und solange dieser Nachweis fehle, müsse das Bestreiten der Kenntnis als begründet angesehen werden. Das stimmt nicht mit dem hier maßgebenden § 145 BranntwMonG. überein. Denn nach dieser Vorschrift ist die Mithaftung des Betriebsinhabers in der Regel auszusprechen — nach Abs. 2 des genannten § 145 nur ausnahmsweise dann nicht, wenn nachgewiesen werden kann, daß der Betriebsinhaber keine Kenntnis von der Zuwiderhandlung gehabt hat. Das darf nun freilich nicht so verstanden werden, als ob das Gesetz dem Betriebsinhaber eine Beweislast für seinen guten Glauben aufgebürdet habe. Vielmehr ist es, wie auch sonst im Strafverfahren, Aufgabe des Gerichts, den Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen und sich selbst auf Grund der Beweisaufnahme eine Meinung darüber zu bilden, ob die Kenntnis des Betriebsinhabers vorlag. Zweifel, die im Einzelfalle durch die Beweisaufnahme nicht beseitigt werden können, gehen aber nach dem § 145 BranntwMonG. zu Lasten des Betriebsinhabers.

Der dargelegte Mangel des angefochtenen Urteils kann möglicherweise dazu führen, daß die Angekl. B. und T. gegebenenfalls — mangels Einziehbarkeit der ihnen an erster Stelle auferlegten Geldstrafen — ihre Ersatzfreiheitsstrafen verbüßen müssen, während das möglicherweise nicht notwendig sein würde, wenn das LG. von zutreffenden Ausgangspunkten aus die Betriebsinhaber für haftbar erklärt hätte und die Geldstrafen daraufhin von diesen eingezogen würden. Insofern können also die Angekl. möglicherweise durch den hervorgehobenen Mangel des angefochtenen Urteils benachteiligt werden. Aber die Angekl. hatten von vornherein kein Recht darauf, daß die Frage der Haftbarkeit der Betriebsinhaber in dem Strafverfahren überhaupt behandelt würde (vgl. Bekker, Anm. 2 zu § 408 a. F. — jetzt § 443 — RAbgO.). Auch ganz allgemein — ohne Unterschied der Art der in Betracht kommenden strafbaren Handlungen — hat kein Angekl. einen Anspruch darauf, daß seine Mitschuldigen in demselben Strafverfahren abgeurteilt werden, auch nicht im Hinblick auf die entstehenden Kosten der Strafverfolgung. Ferner ist im § 417 Abs. 2 RAbgO. ausdrücklich zugelassen, die Ersatzfreiheitsstrafen an den schuldigen Angekl. zu vollstrecken, ohne daß die für haftbar erklärten Dritten in Anspruch genommen werden. Daraus ergibt sich, daß die Angekl. das Urteil über die Haftbarkeit Dritter nicht anfechten können. Vielmehr ist die Entscheidung des LG., die die Haftbarkeitserklärung der Betriebsinhaber ablehnt, im vorl. Falle mangels einer Rev. der StA. oder des Nebenklägers rechtskräftig geworden.

Dagegen führen die Rev. der Angekl. Sch. und Schm. dazu, ihre Verurteilung aufzuheben, allerdings nicht zu ihren Gunsten, da im angefochtenen Urteil nichts erkennbar ist, was sie ungerechtfertigt beschwerte, sondern gemäß dem § 358 Abs. 2 StPO. zu ihren Ungunsten.

Bei den Angekl. Sch. und Schm. ist unrichtig über die Menge des Branntweins und die Höhe des Monopolerträgnisses entschieden, die der Bestrafung zugrunde gelegt werden müssen.

Nur bei den Angekl. H., B. und T. können die Urteilsausführungen dahin verstanden werden, daß das Gericht zwar auf Grund der Beweisaufnahme die bei jedem einzelnen festgestellte Menge als die Mindestmenge ansehe, die verbots-

widrig hergestellt worden ist, aber andererseits auch nicht annehme, daß diese Menge in Wirklichkeit größer gewesen sein müsse. Daher ist nur gegenüber den drei ersten Angekl. die Geldstrafe mit Recht gemäß dem § 119 BranntwMonG., wie geschehen, auf das Vierfache des rechnerisch festgestellten hinterzogenen Betrages an Branntweinaufschlägen festgesetzt worden. Dagegen ist das LG. bei dem Angekl. Sch. davon überzeugt, daß sich seine Monopolhehlerei nicht bloß auf die 1113 Liter Weingeist bezog, die im angefochtenen Urteil auf Grund bestimmter Unterlagen errechnet werden konnten; denn neben der festgestellten „Wahrscheinlichkeit" eines gleichen Schwarzhandels für das Jahr 1934, die als Grundlage für einen Schuldspruch noch nicht genügen würde, steht, daß Sch. „sicherlich" in seinem Büchlein nur die Lieferungen vom Jahre 1935 aufgezeichnet habe, deren Bezahlung später erfolgte, während bei Barzahlungen „sicherlich" keine Aufzeichnungen gemacht worden seien. Das LG. nimmt also als sicher an, daß der Handel des BeschwF. Sch. mit verbotswidrig hergestelltem Branntwein im Jahre 1935 den errechneten Betrag von 925 Liter Weingeist überstiegen hat. Alsdann war es aber unzulässig, diese weiteren Weingeistmengen bei der Verurteilung des Angekl. Sch. unberücksichtigt zu lassen. Vielmehr hätte das Gericht auf der Grundlage seiner Feststellungen diese weiteren Mengen und daraufhin dann unter Einrechnung der rechnerisch feststehenden 1113 Liter die Gesamtmenge des verschobenen Weingeistes schätzen müssen.

Einer solchen Schätzung der unbefugt gewonnenen Weingeistmenge kommt einerseits die Bedeutung zu, daß in ihr zum Ausdruck gelangt, die unbefugt erzeugte und dann von dem Angekl. als Hehler erworbene Weingeistmenge, demgemäß der volle in Wirklichkeit hinterzogene Betrag an Monopolerträgnis könne nicht zahlenmäßig rechnerisch so „festgestellt" werden, daß sich schon auf dieser Grundlage die Strafe gemäß dem § 119 BranntwMonG. ergebe. Andererseits aber enthält diese Schätzung zugleich den Mindestbetrag an Monopolerträgnissen, der auf die sich rechnerisch nach genauen, einzelnen Unterlagen — sei es auch mit Hilfe gewisser Schätzungen in den Einzelheiten, z. B. hinsichtlich des Ausbeutesatzes — ergebende Weingeistmenge entfallen wäre. Dieser Mindestbetrag ist i. S. der §§ 119 und 124 BranntwMonG. „festgestellt" und muß daher bei dem Strafausspruch nach § 119 mitberücksichtigt werden, so daß die Geldstrafe jedenfalls größer sein muß als das Vierfache dieses Mindestbetrages; denn nur soweit der hinterzogene Betrag nicht zahlenmäßig „festgestellt" werden kann, ist nach § 124 auf eine dem richterlichen Ermessen unterliegende Geldstrafe zu erkennen. Nach Maßgabe des mit Sicherheit hinterzogenen berechenbaren Mindestbetrags an Monopolerträgnissen schreibt der § 119 BranntwMonG. eine „absolut bestimmte" Strafe — i. S. des § 354 Abs. 1 StPO. — vor, und diese ist dann nach § 124 des Gesetzes zu erhöhen, wenn der ganze hinterzogene Betrag den zahlenmäßig bestimmbaren Betrag jedenfalls übersteigt, der Mehrbetrag sich aber nicht genauer „feststellen" läßt, also nur unsicher geschätzt werden kann (RGSt. 60, 389; 63, 278, 286; RGUrt. v. 18. Dez. 1934, 1 D 1171/34: JW. 1935, 949[35]).

Bei dem Angekl. Schm. hat das LG. die Geldstrafe allein gemäß dem § 124 BranntwMonG. nach freiem Ermessen ausgesprochen. Aus der Sachlage ergibt sich aber nicht, daß das Gericht in seinem Ermessen völlig frei war. Bei richtiger Anwendung des Gesetzes mußte zunächst geprüft werden, ob sich der Weingeistgehalt der beiden im Urteil erwähnten gehehlten Lieferungen und daraufhin gemäß dem § 119 BranntwMonG. schon ein Mindestbetrag der Geldstrafe feststellen lasse. Wenn zum Beispiel auf Grund des Geständnisses des Angekl. die Gesamtmenge dieser Lieferungen auf 200 Liter Branntwein anzunehmen und ihr Weingeistgehalt z. B. auf nur 90 Liter zu berechnen wäre, so würde sich schon hieraus bei einem Aufschlagsatze von 3,52 *RM* nach § 119 eine Geldstrafe von mehr als 1200 *RM* ergeben haben, die das LG. insgesamt gegen Schm. festgesetzt hat. Eine auf solchem Wege berechnete Geldstrafe hätte dann auf Grund des § 124 nach Ermessen erhöht werden müssen, wobei der größere Umfang der Hehlergeschäfte des Angekl. zu berücksichtigen gewesen wäre.

Was über die Höhe der Geldstrafe nach den §§ 119, 124 BranntwMonG. gesagt worden ist, gilt entsprechend auch für die Entscheidung über die Höhe der Wertersatzleistung.

Unter diesen Gesichtspunkten muß die Sache gegenüber den Angekl. Sch. und Schm. nochmals geprüft werden. Es handelt sich dabei nicht bloß um einen neuen Strafausspruch, sondern um eine neue Feststellung des Umfangs der Schuld der Angekl. (so schon RGUrt. v. 16. März 1928, 1 D 172/28).

(RG., 1. StrSen. v. 31. Mai 1938, 1 D 563/37.)

*

21. KG. — §§ 3, 4, 8, 11, 27 ArbZO. v. 26. Juli 1934 (RGBl. I, 803); §§ 22, 32 ArbOG. 20. Jan. 1934 (RGBl. I, 45); §§ 2, 3 TarO. für Molkerei- und Käsereibetriebe im Wirtschaftsgebiet Brandenburg außer Berlin v. 17. Sept. 1936 (RArbBl. Nr. 27 v. 25. Sept. 1936). Überschreitungen der in einer Tarifordnung festgesetzten Arbeitszeit und Nichtgewährung der tariflich bestimmten Freizeiten sind nach § 27 Abs. 3 Satz 2 ArbZO. strafbar. Es bedarf in diesen Fällen eines Antrages des Treuhänders für die Arbeit aus § 22 ArbOG. nicht. — Die Arbeitnehmer können auf den ihnen in der Tarifordnung oder ArbZO. verbürgten Schutz der Arbeitszeit nicht verzichten.

Das angefochtene Urteil hat den Angekl., der Verwalter der Molkerei in M. ist, des Vergehens gegen die §§ 8, 27 Abs. 3 Satz 2 ArbZO. in der Neufassung v. 26. Juli 1934 (RGBl. I, 803) i. Verb. m. den §§ 2, 3 TarO. für Molkerei- und Käsereibetriebe im Wirtschaftsgebiet Brandenburg außer Berlin vom 17. Sept. 1936 (RArbBl. Nr. 27 v. 25. Sept. 1936) für schuldig erachtet, weil er in der Zeit vom 1. bis 15. Juli 1937 seinen drei gewerblichen Gefolgschaftsmitgliedern statt des ihnen nach § 2 Abs. 3 der Tarifordnung zustehenden ganzen freien Tages nur zwei halbe freie Tage gewährt hat.

Die hiergegen von der Rev. erhobene Rüge der Verletzung sachlichen Rechts, insbes. der Vorschriften der §§ 8, 11, 27 ArbZO., ist unbegründet.

Die ArbZO. trifft in ihren §§ 3 und 4 nur ganz allgemein Bestimmungen über die Dauer der regelmäßigen werktäglichen Arbeitszeit. In den Gewerbezweigen, in denen die Eigenart der Verhältnisse eine von der allgemeinen Norm abweichende Arbeitszeitregelung erheischt, überläßt sie diese Regelung dem Tarifordnungswege (§ 8 ArbZO.). Der § 8 ArbZO. enthält eine öffentlich-rechtliche Ermächtigung für den Treuhänder der Arbeit, durch oder beim Erlaß einer Tarifordnung nach § 32 Abs. 2 ArbOG. v. 20. Jan. 1934 (RGBl. I, 45), die Arbeitszeitgrenzen über die regelmäßige werktägliche Arbeitszeit von acht Stunden ausschließlich Pausen (§ 3 Abs. 1 ArbZO.) und über 48 Stunden in der Woche oder 96 Stunden in der Doppelwoche (§ 4 ArbZO.) auszudehnen. Geschieht dies, so gelten für die Beschäftigung der Gefolgschaftsmitglieder, für die die Tarifordnung verbindlich ist, deren Bestimmungen an Stelle der Arbeitszeitvorschriften der §§ 3 Abs. 1, 4 ArbZO. Die verbotswidrige Beschäftigung von Arbeitnehmern entgegen den Arbeitszeitbestimmungen der Tarifordnung ist im § 27 Abs. 3 Satz 2 ArbZO. als eine unter Zuwiderhandlung gegen auf Grund der ArbZO. erlassene Bestimmungen erfolgte Beschäftigung unter Strafe gestellt (Rohmer, „ArbZO.", 4. Aufl., § 8 Anm. 2, § 27 Anm. 4).

Von der Ermächtigung des § 8 ArbZO. hat der Treuhänder der Arbeit bei dem Erlaß der Tarifordnung vom 17. Sept. 1936 für die Molkerei- und Käsereibetriebe im Wirtschaftsbezirk Brandenburg außer Berlin Gebrauch gemacht, indem er im § 2 der Tarifordnung für bestimmte Monate des Jahres eine Ausdehnung der Arbeitszeit der technischen Angestellten und gewerblichen Arbeiter über die regelmäßige werktägliche Arbeitszeit von acht Stunden hinaus auf neun und zehn Stunden gestattet hat. Damit sind die Arbeitszeitbestimmungen des § 2 der Tarifordnung gemäß § 8 ArbZO. an Stelle der §§ 3 Abs. 1, 4 ArbZO. getreten. Die in der Tarifordnung getroffene Arbeitszeitregelung ist allein maßgebend für alle im Tarifgebiet in den von der Tarifordnung erfaßten Betrieben Beschäftigten. Hierzu gehört auch die Vorschrift des § 2 Abs. 3 der Tarifordnung, nach der technische Angestellte und gewerbliche Gefolgschaftsmitglieder innerhalb 14 geleisteter Arbeitstage Anspruch auf einen freien Tag unter Fortbezahlung von Gehalt oder Lohn haben. Die Nichtgewährung oder nur teilweise Gewährung dieses freien Tages oder seine Verteilung auf zwei halbe Tage, was vorliegendenfalls in Betracht kommt, bedeutet eine Beschäftigung von Arbeitnehmern an einem Tage, an dem sie nicht erfolgen durfte, und somit eine Beschäftigung den Arbeitszeitbestimmungen der Tarifordnung zuwider, die nach § 27 Abs. 3 Satz 2 ArbZO. strafbar ist. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit hierfür trifft den Angekl. gemäß § 27 Abs. 5 ArbZO., § 151 RGewO.

Richtig ist die Ansicht des Angekl., daß derartige Zuwiderhandlungen, wenn sie vorsätzlich wiederholt begangen werden, auf Antrag des Treuhänders der Arbeit nach § 22 ArbOG. verfolgt werden können. Dies bedeutet aber nicht, daß sie nach § 27 Abs. 3 Satz 2 ArbZO. nicht strafbar sein sollen. Es liegt vielmehr in den Fällen, wo auch die Voraussetzungen des § 22 ArbOG. gegeben sind, Tateinheit mit § 27 Abs. 3 Satz 2 ArbZO. vor (Rohmer a. a. O., § 27 Anm. 6 a).

Die Tatsache, daß die Gefolgschaftsmitglieder mit der von dem Angekl. getroffenen Maßnahme einverstanden waren, ist im Hinblick auf den tarifrechtlichen Grundsatz der Unabdingbarkeit, der im § 32 Abs. 2 Satz 2 und 3 ArbOG. ausdrücklich festgelegt ist (Rohmer a. a. O., § 5 Anm. 3 Ac; Hueck-Nipperdey-Dietz, „ArbOG.", § 32 Anm. 173), rechtlich bedeutungslos. Die Arbeitnehmer können auf den ihnen in der Tarifordnung oder in der ArbZO. verbürgten Schutz der Arbeitszeit nicht verzichten (so auch Rohmer a. a. O., § 27 Anm. 6).

Der Strafausschließungsgrund des § 11 ArbZO. ist nicht gegeben. Die Anwendung des § 11, der sich auf vorübergehende Arbeiten in Notfällen in den im Gesetz genau umschriebenen außergewöhnlichen Fällen bezieht, scheitert schon daran, daß nach den Urteilsfeststellungen die Arbeitnehmer an dem Freitage nicht vorübergehende Arbeiten ausgeführt haben, die durch unvorhergesehene, nur durch Mehrarbeit behebbare Umstände notwendig geworden waren, sondern mit gewöhnlichen in regelmäßiger Folge wiederkehrenden Arbeiten beschäftigt worden sind.

(KG., 1. StrSen., Urt. v. 5. April 1938, 1 Ss 80/38.)

*

22. RG. — § 9 Nr. 1 RFlStVO. v. 8. Dez. 1931 (RGBl. I, 699 ff.) i. d. Fass. der VO. v. 23. Dez. 1932 (RGBl. I, 571). Die förmliche Feststellung des Vermögens bildet auch im Falle der Berichtigung des Bescheides die maßgebende Grundlage für die Höhe der Reichsfluchtsteuer. — Die Frist des § 9 Nr. 1 RFlStVO. beginnt für die Fälle des § 4 Nr. 2 der VO. bei nachträglicher Berichtigung des Vermögensteuerbescheides hinsichtlich des Mehrbetrages, der sich infolge der Berichtigung ergibt, erst mit der Bekanntmachung des Berichtigungsbescheides an den StPfl. dagegen für den Betrag, der sich nach dem ursprünglich maßgebenden Vermögenssteuerbescheid ergibt, bereits mit dem in § 4 Nr. 2 VO. bestimmten Zeitpunkt.

Die sachlich-rechtliche Nachprüfung des Urteils ergibt folgendes.

Die Tat des Angekl. ist nur nach der RFlStVO. v. 8. Dez. 1931 (RGBl. I, 699 ff., 731) i. d. Fass. der VO. v. 23. Dez. 1932 (RGBl. I, 571) zu beurteilen.

Das Vergehen gegen § 9 Nr. 1 RFlStVO. ist zur äußeren Tatseite damit gegeben, daß der Betrag, der nach dem Inhalt der VO. als Reichsfluchtsteuer zu entrichten ist, nicht innerhalb der in dieser Vorschrift vorgesehenen besonderen Frist entrichtet wurde. Die Frist betrug für den Angekl. nach der VO. von 1931/32 zwei Monate. Mit dem fruchtlosen Ablauf der Frist war die Tat des Angekl. zur äußeren Tatseite rechtlich vollendet und tatsächlich beendet.

Die Frist des § 9 Nr. 1 VO. beginnt mit der Entstehung der Steuerschuld, für den Angekl. mithin gemäß § 4 Nr. 2 VO. mit dem Zeitpunkt, in dem der Angekl. nicht nur seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inlande, sondern auch seinen inländischen Wohnsitz aufgab (vgl. die Entsch. des RFH.: RFH. 35, 326). Die Ausführungen des Urteils sind dahin zu verstehen, daß beides am 30. Okt. 1933 geschah.

Mit diesem Zeitpunkt begann also für den Angekl. die Frist des § 9 Nr. 1 VO. zu laufen. Darauf, ob der Angekl. seinen inländischen Aufenthalt und Wohnsitz freiwillig aufgab oder aus Furcht vor Verhaftung oder sonstwie unfreiwillig, kommt hierbei nichts an (vgl. RFH. a. a. O.). Auf die Ausführungen der RevBegr. in dieser Hinsicht braucht schon deswegen nicht eingegangen zu werden.

Nach § 3 Abs. 2 Satz 2 VO. bestimmte sich die Höhe der vom Angekl. zu entrichtenden Reichsfluchtsteuer zunächst nach dem Vermögensteuerbescheid, den er am 2. Juli 1932 erhalten hatte; denn das war der letzte im Sinne der Vorschrift. Da dieser Bescheid ein steuerpflichtiges Vermögen von 417 568 *RM* festgestellt hatte, betrug die vom Angekl. zu entrichtende Reichsfluchtsteuer nach § 3 Abs. 1 VO. zunächst 104 392 *RM*.

Darin trat nach § 8 Abs. 2 Satz 2 VO. eine Änderung ein, als das FinA. am 17. Nov. 1933 den früheren Vermögensteuerbescheid berichtigte und das steuerpflichtige Vermögen des Angekl. auf 2 185 200 *RM* festsetzte; mit der Bekanntmachung dieses Bescheides an den Angekl. (ZustellungsVO. v. 11. Dez. 1932 [RGBl. I, 544]) erhöhte sich die vom Angekl. zu entrichtende Reichsfluchtsteuer auf den Betrag von 546 300 *RM*, den das LG. der Verurteilung zugrunde legt.

Das LG. äußert sich nicht darüber, ob der berichtigte Bescheid dem Angekl. bekannt gemacht worden ist, und wann das geschehen ist. Es ist aber als selbstverständlich anzusehen, daß das alsbald geschehen ist, und die RevBegr. selbst bestätigt diese Annahme, wenn sie dabei auch die Vorschriften der angezogenen ZustellungsVO. übersieht.

In der RFlStVO. ist die Frage nicht ausdrücklich geregelt, wie es sich mit dem Beginn und dem Ablauf der Frist des § 9 Nr. 1 VO. in solchen Fällen verhält, in denen, wie hier, der Reichsfluchtsteuerbetrag sich gemäß § 8 Abs. 2 Satz 2 VO. nachträglich erhöht. Die Annahme, daß die Frist einheitlich für den ganzen Betrag, also auch für den Mehrbetrag, bereits mit dem im § 4 Nr. 2 VO. bestimmten Zeitpunkt, somit hier mit dem 30. Okt. 1933 für den Angekl. zu laufen begonnen habe, ist abzulehnen. Eine solche Auslegung der Strafvorschrift des § 9 Nr. 1 VO. entspräche nicht dem Sinn und Zweck der Vorschrift. Denn dann wäre zur äußeren Tatseite die Begehung der Straftat auch dann möglich, wenn der Berichtigungsbescheid erst nach dem Ablauf der Frist des § 9 Nr. 1 VO. wirksam würde, vor ihrem Ablauf aber bereits der Betrag als Reichsfluchtsteuer entrichtet worden wäre, der sich nach dem ursprünglichen letzten nicht berichtigten Vermögensteuerbescheid ergibt. Daß auch das dem Sinn der Strafvorschrift im § 9 Nr. 1 VO. entspräche, kann nicht angenommen werden. Es ließe sich allerdings rechtfertigen, daß einer solchen strafrechtlichen Beurteilung, auch zur inneren Tatseite, mindestens die StPfl. unterliegen sollten, die — wie es nach der Annahme des LG. der Angekl. getan hat — ihr Vermögen wissentlich zu niedrig angegeben und damit den ursprünglichen niedrigen Vermögensteuerbescheid erschlichen haben. Aber auch für diese Fälle läßt sich eine solche Regelung dem Gesetz nicht entnehmen, zumal weitere Vorschriften fehlen, die in diese Richtung deuten. Nach dem Gesetz wird die Reichsfluchtsteuer nicht von dem im Zeitpunkt ihrer Entstehung wirklich vorhandenen Vermögen erhoben, sondern von dem Vermögen, das für einen bestimmten Zeitpunkt förmlich festgestellt worden ist. Dieser Feststellung und ihrer Bekanntmachung an den StPfl. legt das Gesetz selbst die entscheidende Bedeutung bei. Die Abgrenzung der in Betracht kommenden Fälle in dem hier erörterten Sinne wäre auch keineswegs einfach, wenn eine verschiedene Bewertung, insbes. einzelner Vermögensteile der Höhe nach, möglich ist, vor allem dann nicht, wenn die Berichtigung des Vermögensteuerbescheides allein oder wesentlich mit darauf beruht, daß das FinA., wie es auch hier geschehen ist, vom Recht der Schätzung nach § 217 RAbgO. Gebrauch macht. Bei der strafrechtlichen Beurteilung dürfen Möglichkeiten und Unklarheiten, die aus derartigen besonderen Umständen entstehen könnten, nicht mit herangezogen werden. Vielmehr muß von einer allgemein gültigen gesetzlichen Regelung ausgegangen und daher der allgemeine Grundsatz des Gesetzes selbst als entscheidend angesehen werden, daß die förmliche Feststellung des Vermögens auch im Falle der Berichtigung des Bescheides die maßgebende Grundlage für die Höhe der Reichsfluchtsteuer bildet. Das zeigt sich ganz besonders auch noch darin, daß es nach § 8 Abs. 1 VO. grundsätzlich überhaupt keines Steuerbescheides über die Reichsfluchtsteuer bedarf und daß nach dem Abs. 4 des § 8 selbst bei Erteilung eines solchen Steuerbescheides für den Eintritt der Fälligkeit und für die Verpflichtung zur Zahlung der Reichsfluchtsteuer nur die Vorschriften der §§ 5, 6 VO. gelten. Die Vorschrift des § 4 VO. über die Entstehung der Steuerschuld, auf die es nach § 9 Nr. 1 VO. entscheidend ankommt, ist hier zwar nicht mit angeführt. Aber da die Entstehung und die Fälligkeit der Schuld für die Fälle des § 4 Nr. 2 und des § 5 Nr. 2 VO. stets zusammenfallen, kann dar-

aus — mindestens für die danach zu beurteilenden Fälle, mithin auch für den vorl. Fall — nichts Gegenteiliges entnommen werden.

Nach alledem beginnt die Frist des § 9 Nr. 1 VO. für die Fälle des § 4 Nr. 2 VO. bei nachträglicher Berichtigung des Vermögensteuerbescheides hinsichtlich des Mehrbetrages der Reichsfluchtsteuer, der sich infolge der Berichtigung ergibt, erst mit der Bekanntmachung des Berichtigungsbescheides an den StPfl. zu laufen, dagegen für den Betrag, der sich nach dem ursprünglich maßgebenden Vermögensteuerbescheid ergibt, bereits mit dem im § 4 Nr. 2 VO. bestimmten Zeitpunkt.

In derselben Weise hat übrigens bereits der RFH. für Fälle nachträglicher Berichtigung des Vermögensteuerbescheides Stellung genommen hinsichtlich der Fälligkeit der Reichsfluchtsteuer und der dadurch bedingten Zuschläge; Entsch. v. 10. Okt. 1935, III A 166/35: RStBl. 1935, 1413 ff.

Die Straftat des Angekl. nach § 9 Nr. 1 VO. zerfällt hiernach zeitlich in zwei Teile: hinsichtlich des Betrages von 104 392 *RM* endete die Frist mit dem 30. Dez. 1933, hinsichtlich des Mehrbetrages in einem etwas späteren Zeitpunkt, der sich nach den Urteilsfeststellungen nicht genau bestimmen läßt. Die genaue Feststellung dieses Zeitpunkts ist indes nicht mehr erforderlich; denn der Angekl. hat nach den Urteilsfeststellungen überhaupt nichts auf die Reichsfluchtsteuer bezahlt, und er ist nicht ins Inland zurückgekehrt; die Frist ist somit auf alle Fälle auch hinsichtlich des Mehrbetrages fruchtlos verstrichen.

(RG., 1. StrSen. v. 20. Mai 1938, 1 D 841/37.)

*

**** 23. RG. — § 465 RAbgO.; § 303 StPO. Ist das Urteil erster Instanz verkündet, kann der Antrag auf gerichtliche Entscheidung nicht mehr zurückgenommen werden.**

1. Der § 465 RAbgO. ist nicht verletzt. Er schreibt vor, daß der Beschuldigte oder Nebenbeteiligte den Antrag auf gerichtliche Entscheidung bis zur Verkündung des Urteils erster Instanz zurücknehmen kann, nach Beginn der Hauptverhandlung jedoch nur mit Zustimmung der StA. und, falls es als Nebenkläger vertreten ist, auch des FinA. Aus dem Wortlaut dieser Bestimmung ergibt sich, daß der Beschuldigte den Antrag überhaupt nicht mehr zurücknehmen kann, wenn das Urteil erster Instanz verkündet worden ist; nach diesem Zeitpunkt soll dem Angekl. die Entscheidung darüber, ob er sich bei dem Strafbescheid beruhigen will oder nicht, entzogen sein. Diese Auslegung hat auch einen guten Sinn: ist einmal ein gerichtliches Urteil ergangen, so soll dieses vom Angekl., auch mit Zustimmung der StA., nicht mehr willkürlich aus der Welt geschafft, sondern nur noch mit den ordentlichen Rechtsmitteln angefochten werden können, und das Verfahren muß jedenfalls durch eine Entscheidung des Gerichts enden. Es besteht auch kein Grund dafür, das Zurücknahmerecht des Angekl., nachdem es einmal erloschen ist, wieder aufleben zu lassen, wenn das Urteil erster Instanz von der Rechtsmittelinstanz aufgehoben worden ist.

Die Rev. berufen sich für ihre gegenteilige Auffassung u. a. auf die zu § 303 StPO. ergangene Entsch.: RGSt. 67, 281 vom 13. Juli 1933. Ob an dieser heute nicht mehr bindenden Entscheidung festzuhalten ist, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls steht sie der oben bezeichneten Auslegung des § 465 RAbgO. nicht entgegen. Nach § 303 StPO. kann ein Rechtsmittel gegen eine gerichtliche Entscheidung, über das auf Grund mündlicher Verhandlung zu befinden ist, nach Beginn der Hauptverhandlung nur mit Zustimmung des Gegners zurückgenommen werden. Das genannte RGUrt. führt aus, daß unter Hauptverhandlung i. S. dieser Vorschrift diejenige Hauptverhandlung zu verstehen ist, auf Grund deren bei Aufrechterhaltung des Rechtsmittels das Urteil ergehen müßte, daß eine frühere Hauptverhandlung, die ausgesetzt werden mußte, ihre Bedeutung als Grundlage für die Endentscheidung verliert, und daß das Rechtsmittel vor Beginn der erneuten Hauptverhandlung wieder ohne Zustimmung des Gegners zurückgenommen werden kann. Außerdem ist gesagt, daß dies auch gelten würde, wenn ein Urteil des BG. in der RevInst. aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an die Vorinstanz zurückverwiesen worden ist. Aus dieser letzten Bemerkung ist aber für die Auslegung des § 465 RAbgO. nichts zu entnehmen. Denn im Falle des § 303 StPO. liegt ein gerichtliches Urteil bereits vor, so daß es sich nur um die Frage handelt, ob die StA. bzw. der Angekl. sich mit diesem gerichtlichen Urteil zufriedengeben oder die Berufung durchführen wollen.

Im Ergebnis ist also der Ansicht der StrK. beizutreten, daß die beiden Angekl. ihren Antrag auf gerichtliche Entscheidung hier nicht mehr zurücknehmen konnten.

(RG., 4. StrSen. v. 28. Juni 1938, 4 D 770/37.)

Strafverfahren

24. RG. — § 140 StPO. Besteht die — nicht nur ganz entfernte — Möglichkeit, daß Sicherungsverwahrung angeordnet werden kann, so liegt ein Fall der notwendigen Verteidigung vor.

Der Angekl. ist in der Hauptverhandlung entsprechend der Vorschrift des § 265 StPO. im Anschluß an seine Vernehmung darauf hingewiesen worden, daß gegen ihn die strafschärfende Bestimmung des § 20 a StGB. zur Anwendung kommen könne. Gemäß § 42 e StGB. muß das Gericht im Falle einer solchen Verurteilung die Sicherungsverwahrung anordnen, wenn die öffentliche Sicherheit dies erfordert. Nach § 140 Abs. 2 StPO. ist die Verteidigung notwendig, wenn zu erwarten ist, daß die Sicherungsverwahrung angeordnet wird. Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Voraussetzung schon dann vorliegt, wenn zwar die Möglichkeit einer Verurteilung des Angekl. als „gefährlicher Gewohnheitsverbrecher" (§ 20 a StGB.), nach Lage des Falles jedoch keine Wahrscheinlichkeit dafür besteht, daß das Gericht auch zur Anordnung der Sicherungsverwahrung gelangen werde. Das LG. hat von der Anordnung der Sicherungsverwahrung auf Grund des in der Hauptverhandlung erstatteten Gutachtens des Sachverständigen abgesehen, daß mit der fortschreitenden geschlechtlichen Reife die mißgeleitete sexuelle Phantasie des Angekl. verschwinden und er dann weitere gleichliegende Straftaten nicht mehr begehen werde. Daraus ergibt sich, daß in dem Zeitpunkt, in dem das LG. den Angekl. auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts hinwies, nicht nur eine entfernte Möglichkeit der Anordnung der Sicherungsverwahrung bestanden hat. Dazu kommt, daß damals auch mit seiner Verurteilung wegen des ihm weiter zur Last gelegten Vergehens gegen die Sittlichkeit (§ 183 StGB.) gerechnet werden mußte. Die Hauptverhandlung durfte daher nicht ohne Verteidiger stattfinden (§ 140 Abs. 2 StPO.). Daß das Gericht bei der abschließenden Würdigung zu der Überzeugung gelangt ist, daß die Anordnung der Sicherungsverwahrung noch nicht erforderlich sei, und deshalb von ihrer Anordnung abgesehen hat, ändert daran nichts (RGSt. 70, 317 = JW. 1937, 175[41]).

Das Urteil ist daher auf die Rüge des Angekl. aufzuheben (§ 338 Nr. 5 StPO.).

(RG., 3. StrSen. v. 11. Juli 1938, 3 D 463/38.)

*

25. RG. — §§ 201 Abs. 1 S. 1, 219 StPO. Grundsätzlich begründet die Übergehung von Beweisanträgen nur dann die Rev., wenn der Angekl. die Anträge in der Hauptverhandlung gestellt hat. Das RG. hat aber zu § 219 StPO. anerkannt, daß ein Angekl., der vom Vorsitzenden den Bescheid erhalten hat, über seinen Antrag werde in der Hauptverhandlung Beschluß gefaßt werden, dann in seiner Verteidigung unzulässig beschränkt sein kann, wenn nunmehr in der Hauptverhandlung seine vorher gestellten Beweisanträge nicht zur Sprache kommen. Dies trifft auch im Falle des § 201 Abs. 1 S. 1 StPO. zu.

In der RevBegr. wird im Verlaufe der Ausführungen über den Zustand der Dora P. die schriftliche Verteidigungseingabe des Angekl. v. 14. Nov. 1937 erwähnt und gesagt, er habe angenommen, daß die in dieser Eingabe genannten Zeugen sämtlich in der Hauptverhandlung vernommen werden würden, und

er sei zu unerfahren und unbeholfen gewesen, den Beweisantritt in der Hauptverhandlung zu wiederholen. In diesen Ausführungen liegt die Erhebung einer Verfahrensrüge dahin, daß die Eingabe v. 14. Nov. 1937 nicht richtig behandelt worden sei.

Die Rüge ist auch begründet. In der Eingabe hatte der Angekl. gemäß § 201 Abs. 1 Satz 1 StPO. die Vornahme einzelner Beweiserhebungen vor der Hauptverhandlung beantragt. Über diesen Antrag hatte die eröffnende StrK. zu entscheiden (§ 201 Abs. 2 Satz 1 StPO.). Nun hat sie den Angekl. im Eröffnungsbeschluß dahin beschieden, die Entschließung über die Beweisanträge bleibe dem Vorsitzenden der erk. StrK. vorbehalten. Einen weiteren Bescheid hat dann der Angekl. nicht mehr erhalten.

Der Sinn der Bescheidung, den die Beweisanträge des Angekl. durch die eröffnende StrK. erhalten haben, ist mehrdeutig. Sollte er dahin gemeint sein, daß das Gericht die unter Beweis gestellten Behauptungen für die ihm obliegende Aufgabe der Entschließung über die Anstellung weiterer Ermittlungen oder die Eröffnung des Hauptverfahrens für bedeutungslos ansehe und die Anträge deshalb ablehne, daß es dem Angekl. aber anheimstelle, sie bei dem Vorsitzenden des erk. Gerichts zu wiederholen, wenn er sich Erfolg davon verspreche, so würde verfahrensrechtlich dagegen nichts einzuwenden sein. Der Wortlaut des Beschlusses spricht aber mehr dafür, und so hat ihn ersichtlich auch der Angekl. aufgefaßt, daß die eröffnende StrK. eine eigene Entscheidung über die Anträge ablehne und sie dem Vorsitzenden des erkennenden Gerichts übertrage. Das war verfahrensrechtlich unzulässig. Es enthält einmal eine Verletzung der dem eröffnenden Gericht durch § 201 Abs. 2 Satz 1 StPO. auferlegten Pflicht zur eigenen Entscheidung; es hat zum andern auch keine verfahrensrechtlichen Wirkungen zur Folge. Die eröffnende StrK. ist nicht befugt, die ihr selbst auferlegten Pflichten auf das erkennende Gericht zu überbürden. Dessen Vorsitzender wird durch einen derartigen Beschluß nicht verpflichtet, die von der eröffnenden Kammer pflichtwidrig versäumte Entschließung durch eine eigene Entscheidung nachzuholen. Allerdings kann durch den Verfahrensverstoß, wie noch zu erörtern sein wird, eine Pflicht des Vorsitzenden des erkennenden Gerichts begründet werden, eine Klärung der Prozeßlage herbeizuführen. Es liegt daher im vorl. Falle die Übergehung eines Beweisantrages vor.

Nun begründet die Übergehung von Beweisanträgen allerdings in der Regel nur dann die Rev., wenn der Angekl. die Anträge in der Hauptverhandlung gestellt hat (RG. v. 18. April 1932: JW. 1932, 3099). Zu § 219 StPO. hat aber das RG. (RGSt. 61, 376—378; Urt. v. 28. April 1931: JW. 1932, 1660) anerkannt, daß ein Angekl., der vom Vorsitzenden den Bescheid erhalten hat, über seinen Antrag werde in der Hauptverhandlung Beschluß gefaßt werden, dann in seiner Verteidigung unzulässig beschränkt sein kann, wenn nunmehr in der Hauptverhandlung seine vorher gestellten Beweisanträge nicht zur Sprache kommen. Der vorl. Fall liegt zwar insofern anders, als es sich hier nicht um einen Beweisantrag nach § 219 StPO., sondern um einen solchen nach §§ 201 Abs. 1 Satz 1 StPO. handelt. Die Erwägungen in der genannten Entscheidung des RG. treffen aber ebenso zu. Das Verhalten der eröffnenden Kammer war geeignet, im Angekl. einen Irrtum über die Verfahrenslage zu erwecken und ihn glauben zu machen, er habe alles getan, was ihm zu tun obliege, und es werde ohne Beachtung seines Antrages keine ihm ungünstige Entscheidung ergehen. Bei einer solchen Verfahrenslage wäre es Sache des Vorsitzenden gewesen, den Angekl. aufzuklären und ihn zu befragen, ob er Beweisanträge stellen wolle. Es kann einem rechtsunkundigen und nicht von einem Verteidiger beratenen Angekl. nicht zur Schuld angerechnet werden, wenn er sich auf einen solchen Bescheid des Gerichts verläßt und seinen Antrag in der Hauptverhandlung nicht wiederholt. Auf dem Verfahrensmangel kann nach dem Inhalt der Beweisanträge die Verurteilung des Angekl. beruhen. ruhen.

Demnach war das angefochtene Urteil aufzuheben.

(RG., 4. StrSen. v. 31. Mai 1938, 4 D 338/38.)

*

26. OLG. — 1. § 1 Abs. 2 Art. 2 Kap. I NotVO. v. 14. Juni 1932. Verschiedenartigkeit der Rechtsmittel gegen ein Strafurteil beim Vorliegen von Tatmehrheit.

2. § 242 StGB. Diebstahl eines Scheckformulars und nachträgliche unbefugte Ausfüllung zur Abhebung. Tatmehrheit. Keine „straflose Nachtat".

Zu 1: Durch Beschluß des AG. über die Eröffnung des Hauptverfahrens ist der Angekl. ein Verbrechen des Diebstahls im Rückfall und ein damit sachlich zusammentreffendes Verbrechen der schweren Privaturkundenfälschung dieses in Tateinheit mit einem Vergehen des Betrugs zur Last gelegt. Durch Urteil des AG. wurde sie von dem Diebstahl freigesprochen, dagegen wegen Urkundenfälschung in Tateinheit mit Betrug verurteilt. Die Angekl. hat dieses Urteil hinsichtlich der Verurteilung wegen Urkundenfälschung und Betrug mit Berufung angefochten, während der Staatsanwalt gegen die Freisprechung wegen des Diebstahls Berufung einlegte. Durch das Urteil der StrK. wurde die Berufung der Angekl. verworfen, auf die Berufung des Staatsanwalts wurde die Angekl. auch wegen Diebstahls im Rückfall, und zwar in Tateinheit mit der Urkundenfälschung bzw. dem Betrug verurteilt. Die Rev. der Angekl. wendet sich nunmehr gegen die Verurteilung wegen Diebstahls und weiter gegen die Annahme von Tatmehrheit zwischen Diebstahl, falls er vorliegen sollte, und Urkundenfälschung bzw. Betrug.

Nach Abs. 2 des § 1 Art. 2 Kap. I NotVO. v. 14. Juni 1932 darf, wer Berufung eingelegt hat, nicht mehr Rev. einlegen. Dieser Grundsatz kann aber nicht uneingeschränkt gelten, wenn nicht eine einzige strafbare Handlung, sondern mehrere sachlich zusammentreffende Straftaten den Gegenstand des Strafverfahrens bilden. Hier handelt es sich um mehrere Straffachen, die nur aus Zweckmäßigkeitsgründen miteinander verbunden sind und die aus gleichen Gründen jederzeit wieder getrennt werden können. Bei Verfolgung jeder einzelnen dieser Straftaten in getrennten Strafverfahren würde sich das Recht jeder Partei zur Einlegung von Rev. in dem einzelnen Verfahren nur danach bestimmen, ob sie in diesem Verfahren Berufung eingelegt hat oder nicht; es wäre nicht davon abhängig, ob sie in einem der anderen getrennten Verfahren Berufung eingelegt hatte. Durch die Verbindung der mehreren Straffachen können die Parteien nicht schlechter gestellt werden. Denn andernfalls würde der Partei bzgl. der Straftat, hinsichtlich deren sie erst durch das Urteil der BerInst. beschwert worden ist, überhaupt kein Rechtsmittel zustehen: gegen das Urteil der ersten Instanz nicht, weil sie durch dieses nicht beschwert ist; gegen das BU. nicht, weil sie gegen die Verurteilung wegen einer anderen Straftat Berufung eingelegt hat. Eine solche Folge ginge über den vom Gesetz verfolgten Zweck hinaus und kann nicht im Willen des Gesetzgebers liegen. Der Ausschluß des Rechtsmittels der Rev. für die Partei, die Berufung eingelegt hat, ergreift daher in einem Strafverfahren, das mehrere selbständige Handlungen zum Gegenstand hat, nur die Straftat, bzgl. deren diese Partei Berufung eingelegt hatte, nicht dagegen die Straftat, bzgl. deren nicht sie, sondern eine andere Partei Berufung eingelegt hatte (vgl. OLG. Dresden: JW. 1933, 469; Schwarz, „StPO.", § 312 Bem. 3 A).

Die Rev. der Angekl. ist daher zulässig. Wie zu entscheiden wäre, wenn zwischen Diebstahl, Betrug und Urkundenfälschung Tateinheit bestünde, braucht nicht erörtert zu werden.

Zu 2: Dagegen erweist sich die Rev. nicht als sachlich begründet. Nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils hat die Angekl. unbefugt ihrem Geliebten A. F. aus seinem Scheckheft ein unausgefülltes Scheckformular entnommen, es auf 170 *RM* ausgefüllt, als Empfängerin eine Frau H. bezeichnet und das Formular mit A. F. unterzeichnet. Sie hat den Scheck der Sparkasse M. zur Zahlung vorgelegt und die Zahlung entgegengenommen.

Ohne Rechtsirrtum konnte die StrK. in diesem Verhalten die Merkmale des Diebstahls finden. Unzweifelhaft stellt das leere Scheckformular eine bewegliche, im Eigentum des A. F. stehende Sache dar, die die Angekl. aus dem Gewahrsam des A. F. weggenommen hat. Selbst wenn das Scheckformular nur einen geringen oder auch gar keinen Wert gehabt hätte, war es eine vom Eigentümer nicht preisgegebene Sache i. S. des § 242 StGB. und konnte damit Gegenstand eines Diebstahls sein; der Tatbestand des Diebstahls erfordert nicht, daß die Sache einen gewissen Wert hat (RGSt. 51, 97).

Die Rev. meint, die Annahme der StrK., daß die Angekl. die Absicht der rechtswidrigen Zueignung gehabt habe, sei rechtsirrtümlich; denn der Wille der Angekl. sei nicht dahin gegangen, sich unter Ausschluß des Eigentümers den geringfügigen Stoffwert oder einen — gar nicht vorhandenen — Sachwert des Scheckformulars anzueignen, sie habe vielmehr nur die Absicht gehabt,

das Formular vorübergehend zu Zwecken der Fälschung und Abhebung eines Betrages aus dem Sparguthaben des F. zu gebrauchen.

Allein für die Absicht der Zueignung ist erforderlich und genügend der Wille des Täters, die weggenommene Sache selbst oder ihren Sachwert in das eigene wirtschaftliche Vermögen zu überführen und für sich unter Ausschluß des Eigentümers auszunützen (vgl. RGSt. 40, 10; 49, 405; 50, 254; 51, 97; 61, 233; Olshausen, § 242 Anm. 28; LpzKomm. § 242 Bem. II B 1; Frank, § 242 Bem. VII 2; Schwarz, § 242 Bem. 3). Das Scheckformular hatte einen wenn auch geringen Stoffwert; es kam ihm aber auch darüber hinaus ein wirtschaftlicher Substanzwert zu; das Scheckformular hatte die Eigenschaft, daß es von dem Kontoinhaber zur Herstellung eines auf die Sparkasse gezogenen Schecks benützt werden konnte, der unter der Voraussetzung der Deckung von der Sparkasse eingelöst werden mußte. Dies war der Angekl. bekannt. Es war ihr darum zu tun, zunächst das Formular, also die Sache selbst, in ihren Herrschaftsbereich zu bringen und dann seinen Wert durch Ausfüllung, also nicht nur durch Gebrauch, sondern durch Verbrauch, für sich auszunützen.

Schon die sachlich-rechtliche Rüge hinsichtlich der Verurteilung wegen des Diebstahls zwingt das RevG., das angefochtene Urteil, selbst wenn keine entsprechende Rüge erhoben wäre, auch in der Richtung nachzuprüfen, ob die Annahme eines sachlichen Zusammenhangs zwischen dem Diebstahl und der Urkundenfälschung mit Betrug frei von Rechtsirrtum ist (vgl. RG.: GoltdArch. 74, 201).

Nach der Rspr. des RG. sind durch die Bestrafung wegen eines Eigentumsvergehens auch die weiteren Handlungen des Täters abgegolten, die dieser mit und an der gestohlenen Sache vornimmt, sofern sie sich nur als unselbständige Eingriffe in das fremde Eigentum darstellen und nicht weitere Rechtsgüter verletzen. Dies ist namentlich der Fall, wenn der Täter nach der Entwendung einer Urkunde, die der Wertträger des in ihr verbrieften Rechts ist, also insbes. eines Inhaberpapiers oder einer Urkunde nach §§ 807, 808 BGB., in der von vornherein gefaßten Absicht über den wirtschaftlichen Wert des Wertträgers durch Abheben der Forderung verfügt. Der durch die Abhebung begangene Betrug geht hier im Diebstahl auf, bildet eine straflose Nachtat und steht mit dem Diebstahl in Gesetzeskonkurrenz (vgl. LpzKomm., § 242 Bem. 4; Olshausen, § 242 Bem. 21; Frank, § 242 Bem. X; RGSt. 54, 80; 60, 371; 62, 62).

Im gegenwärtigen Fall kann aber von einer straflosen Nachtat weder hinsichtlich der Urkundenfälschung noch hinsichtlich des Betrugs die Rede sein. Das Wesen der Urkundenfälschung besteht nicht wie beim Diebstahl oder der Unterschlagung in der Verletzung des Eigentums, sondern darin, daß dem objektiven Recht zuwider die Form der Beurkundung im Rechtsverkehr in den vom Strafgesetz vorgesehenen Fällen mißbraucht wird; mit Rücksicht auf die Verschiedenartigkeit des Rechtsguts kann die Urkundenfälschung daher nicht ein unselbständiger Bestandteil des beim Diebstahl verübten Eingriffs in das Vermögen eines anderen sein (vgl. RGSt. 43, 60, 66).

Soweit die einen Betrug begründenden Handlungen in Betracht kommen, handelt es sich im gegenwärtigen Fall nicht lediglich um eine weitere Ausbeutung des dem Eigentümer bereits zugefügten Schadens, sondern um eine andere und eine neue Schädigung. Durch die Entwendung des unausgefüllten Scheckformulars hat die Angekl. dem Eigentümer nur den im Papierwert liegenden Stoffwert und den Substanzwert des Formulars entzogen. Ein Eingriff in die Forderungsrechte des Bestohlenen ist noch nicht erfolgt. Durch die Ausfüllung des leeren Scheckformulars wurde nun aber der Anschein erweckt, daß der Eigentümer die Sparkasse angewiesen habe, die in dem nun hergestellten Scheck genannte Zahlung an die als Zahlungsempfängerin bezeichnete Person oder den Überbringer auszubezahlen. Erst durch die Ausfüllung des Formulars hat sich die Angekl. die Möglichkeit verschafft, Geld aus dem Guthaben des F. abzuheben. Der durch die Ausfüllung entstandene Wert ist ein anderer als der des unausgefüllten Formulars; durch die Ausfüllung erst ist das Formular zum Wertträger über die nun verbriefte Forderung geworden (vgl. RGSt. 43, 60, 66; 49, 405; 50, 254; 60, 371). Die betrügerische Handlung fällt somit außerhalb des Bereichs der straflosen Nachtat.

(OLG. München, Urt. v. 23. Juni 1938, 2 Ss 68/38.)

Zivilrecht

Bürgerliches Gesetzbuch

**** 27. RG. — § 119 Abs. 2 BGB. Die ältere Rspr. des RG. ging dahin, als „Sache" i. S. des § 119 Abs. 2 BGB. nur körperliche Sachen anzusehen und erklärte eine entsprechende Anwendung der Vorschrift auf unkörperliche Gegenstände als nicht angängig (RGWarn. 1909 Nr. 234, 528, 529; 1914 Nr. 271; RGZ. 73, 136; RGWarn. 1912 Nr. 287). Die neuere Rspr. hat sich jedoch für eine freiere, den Verkehrsbedürfnissen entsprechende sinngemäße Anwendung des § 119 Abs. 2 BGB. auf Geschäfte über andere Dinge als körperliche Gegenstände ausgesprochen (RGZ. 149, 235 = JW. 1936, 793[1] m. Anm.).**

Am 27. Juni 1937 ist in S. der geschiedene Gemüsehändler Albin H. ohne Hinterlassung eines Testaments verstorben. Seine beiden ehelichen Kinder sowie seine Geschwister und Geschwisterkinder haben die Erbschaft rechtzeitig ausgeschlagen. Dagegen hat sein Vater, der Schuhmacher Richard H. in V., auf die gemäß § 1953 Abs. 3 Satz 1 BGB. erfolgte Mitteilung des Nachlaßgerichts in einem Schreiben v. 6. Aug. 1937 dem Nachlaßgericht gegenüber erklärt, er erkenne die Erbschaft an. Am 13. Sept. 1937 hat er zu Protokoll des AG. die Annahme der Erbschaft wegen Irrtums angefochten, weil er geglaubt habe, daß der Wert der Vermögensstücke größer sei als der der Verbindlichkeiten; von seinen Töchtern habe er aber am 11. und 13. Sept. 1937 erfahren, daß der Nachlaß überschuldet sei; um dieselbe Zeit habe ihm das Jugendamt S. mitgeteilt, daß gegen den Verstorbenen Unterhaltsansprüche eines unehelichen Kindes geltend gemacht würden.

Unterm 9. Nov. 1937 hat der Landrat des Landkreises S. als Amtsvormund des am 9. Okt. 1935 geborenen Albin E. auf Grund eines gegen den Erblasser als außerehelichen Erzeuger ergangenen rechtskräftigen Unterhaltsurteils v. 13. Mai 1936 zwecks Erwirkung der Vollstreckungsklausel gegen den Erben gemäß den §§ 727, 792 ZPO. beantragt, einen Erbschein dahin zu erteilen, daß Richard H. der Alleinerbe seines Sohnes geworden sei. Das AG. hat den Antrag abgelehnt, weil Richard H. die Erbschaftsannahme rechtzeitig und rechtswirksam wegen Irrtums über die Überschuldung des Nachlasses angefochten und damit die Erbschaft ausgeschlagen habe. Das LG. hat durch Beschluß die Beschw. des Amtsvormunds zurückgewiesen. Das OLG. hat die weitere Beschw. dem RG. zur Entscheidung vorgelegt. Das RG. hat die Entscheidung über die weitere Beschw. abgelehnt.

Die Voraussetzungen, unter denen das RG. nach § 28 Abs. 2 FGG. zur Entscheidung über die weitere Beschw. berufen ist, können auf Grund der Darlegungen des OLG. nicht als gegeben angesehen werden. Wenn das OLG., wie es in erster Linie beabsichtigt, seine Entscheidung damit begründen will, daß jedenfalls bei der Anfechtung der Erbschaftsannahme oder -ausschlagung der Nachlaß an die Stelle der „Sache" i. S. des § 119 Abs. 2 BGB. trete, und wenn es auch die weitere, bisher allerdings nicht erörterte Voraussetzung des § 119 BGB., daß anzunehmen ist, der Anfechtende würde bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles die Erklärung nicht abgegeben haben, als dargetan ansieht, so wäre es an der Zurückweisung der weiteren Beschw. durch keine Entscheidung des RG. gehindert. Im übrigen ist es richtig, daß die ältere Rspr. des 5. und des 6. ZivSen. des RG. dahin gegangen ist, daß als „Sachen" i. S. des § 119 Abs. 2 nur körperliche Sachen anzusehen seien und daß auch eine entsprechende Anwendung der Vorschrift auf unkörperliche Gegenstände nicht angängig sei (so der 5. ZivSen.: RGWarn. 1909 Nr. 134, 528, 529; 1914 Nr. 271; der 6. ZivSen.: RGZ. 73, 136 = JW. 1910, 388 und in RGWarn. 1912 Nr. 287). Der erk. Sen. hat in der Entsch. RGZ. 103, 21 = JW. 1922, 21 seine Bedenken gegen diese Rspr. zum Ausdruck gebracht, die Streitfrage aber — ebenso wie in der Entsch.: HöchstRRspr. 1930 Nr. 1991 — auf sich beruhen lassen. Der 5. ZivSen. hat in neueren Entscheidungen (RGZ. 112, 332 = JW. 1926, 1803; AufwRspr. 1931/32, 193; RGWarn. 1932 Nr. 3) die Frage zunächst offengelassen. Nun-

mehr hat er sich aber in seinem in RGZ. 149, 235 ff. abgedruckten Urt. v. 22. Nov. 1935 = JW. 1936, 793[1] m. Anm., das dem OLG. ersichtlich entgangen ist, für eine freiere, den Verkehrsbedürfnissen entsprechende, sinngemäße Anwendung des § 119 Abs. 2 BGB. auf Geschäfte über andere Dinge als körperliche Gegenstände ausgesprochen und daher die genannte Vorschrift auch im Falle des Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft einer Grundschuld für anwendbar erklärt. Damit hat er seine gegenteilige frühere Rspr. ausdrücklich aufgegeben. Die Entscheidung ist, da sie nach dem am 1. Sept. 1935 erfolgten Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung von Vorschriften des Strafverfahrens und des GVG. v. 28. Juni 1935 (RGBl. I, 844) ergangen ist, für alle anderen Senate des RG. bindend (vgl. Art. 2 dieses Gesetzes sowie § 136 GVG. i. d. Fassg. des Art. 3 Nr. 1 b desselben Gesetzes). Maßgebend ist auch nach § 28 Abs. 2 FGG. nur die neue Rspr. des RG., nicht die von ihm selbst bereits aufgegebene ältere Rspr.

(RG., IV. ZivSen., Beschl. v. 27. Juni 1938, IV B 16/38.)

*

28. KG. — § 134 BGB.; §§ 53 Abs. 1 S. 1, 71 Abs. 1 S. 2 GBO. Die in den Baupolizei-Verordnungen enthaltenen Verbote über die Bebauung von Grundstücken und die Veränderung baulicher Anlagen unterliegen grundsätzlich nicht der Vorschrift des § 134 BGB.

Der Schiffsreeder Curt J. hatte im Jahre 1937 die für ihn im Grundbuch von K. Bl. 2402 eingetragene Parzelle 431/111, einen 150 qm großen schmalen Geländestreifen an der Holstenbrücke zwischen seinem Restgrundstück und dem Nachbargrundstück an die Firma E. verkauft und aufgelassen.

Demnächst bat die Ortspolizeibehörde (Baupolizei) in Kiel das GBA., dem von der Firma E. gestellten Umschreibungsantrag nicht zu entsprechen, da der Kaufvertrag und die Auflassung gemäß § 134 BGB. nichtig sei. Die Veräußerung der Parzelle verstoße nämlich gegen die §§ 6 A, 7 D, 8 A, 14 BaupolizeiVO. für den Stadtkreis Kiel v. 1. Okt. 1924 i. d. Fassg. v. 15. Sept. 1935 insofern, als durch die beabsichtigte Grenzveränderung eine geschlossene Bebauung an der Holstenbrücke unmöglich gemacht werde und das Restgrundstück des J. nicht mehr über die vorgeschriebene $^3/_{10}$-Fläche unbebauten Grund und Bodens verfüge. Gleichwohl trug das GBA. die Firma E. als Eigentümerin der Parzelle unter ihrer Abschreibung auf das Grundbuch Bl. 1122 ein. Eine von der Ortspolizeibehörde hiergegen mit dem Ziel auf Eintragung eines Amtswiderspruchs eingelegte Beschw. wurde vom LG. zurückgewiesen. Ihre weitere Beschw. ist unbegründet.

Die im Grundbuch erfolgte Eigentumsumschreibung steht unter dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs. Sie ist daher nur beschränkt anfechtbar, d. h. es kann gemäß § 71 Abs. 2 S. 2 GBO. im Wege der Beschw. die Eintragung eines Amtswiderspruchs nach § 53 Abs. 1 S. 1 GBO. verlangt werden. Ob ein Beschwerderecht der Ortspolizeibehörde in einem Fall der vorl. Art anzuerkennen ist, kann dahingestellt bleiben, weil die Voraussetzungen für die Eintragung eines Amtswiderspruchs jedenfalls nicht gegeben sind.

Gemäß § 134 BGB. ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Gesetz in diesem Sinne kann auch eine Verordnung sein. Ob ein Rechtsgeschäft gegen ein solches Verbot verstößt und ob sich aus dem Verbot ein anderer Zweck ergibt, als der, ein Rechtsgeschäft entsprechenden Inhalts unmöglich zu machen, ist durch Auslegung unter besonderer Berücksichtigung des gesetzgeberischen Grundes zu ermitteln.

Die in den baupolizeilichen Verordnungen aufgestellten Verbote fallen grundsätzlich nicht unter die Vorschrift des § 134 BGB. Bei ihnen handelt es sich um Anordnungen, die die Benutzung, insbes. die Bebauung von Grundstücken und die Veränderung baulicher Anlagen in anderer Weise, als es im Interesse der Volksgemeinschaft für zulässig erachtet wird, verhindern wollen. Die verbotswidrige Benutzung berechtigt die Baupolizeibehörde, die Beseitigung des polizeiwidrigen Zustandes zu verlangen und durchzusetzen und die angedrohten Strafen festzusetzen. Die Verbote und die Zwangsmaßnahmen richten sich lediglich gegen den Täter, berühren aber nicht dessen bürgerlich-rechtliche Beziehungen zu Dritten, also nicht das zugrunde liegende Rechtsgeschäft im ganzen. Sie wollen vielmehr nur die eine Seite der an einem Rechtsgeschäft Beteiligten in ihren Handlungen beeinflussen. Eine andere Auffassung würde zu einer unerträglichen Rechtsunsicherheit führen, zumal BaupolizeiVO. erfahrungsgemäß häufigen Änderungen unterworfen sind (vgl. OLG. Frankfurt: OLG. 17, 25; KG.: OLG. 28, 140; OLG. Königsberg: SeuffArch. 61, 263; OLG. Karlsruhe: DJZ. 1903, 58; vgl. auch RGZ. 96, 343; 100, 39 und 237; a. A. OLG. Braunschweig: OLG. 24, 277).

Diese Grundsätze gelten insbes. auch bei Grenzveränderungen durch Veräußerung von Grundstücken oder Grundstücksteilen, wenn hierdurch ein baupolizeiwidriger Zustand entsteht oder entstehen kann. In der EinheitsbauO. für die Stadt- und Landgemeinden mit stadtartiger Entwicklung v. 25. April 1919 i. d. Fassg. vom 7. Febr. 1938 und in der EinheitsbauO. für das platte Land vom 22. März 1931 i. d. Fassg. v. 7. Febr. 1938 (abgedruckt bei Baltzer-Fischer, „Preuß. Baupolizeirecht", 6. Aufl. 1934, S. 273 f. und „Baupolizeiliche Vorschriften", 1938) wird unter dem Abschnitt V „Allgemeine Bestimmungen" im § 36 angeordnet: „Werden durch Veränderung der Grenzen bebauter Grundstücke Verhältnisse geschaffen, welche den Vorschriften dieser Bauverordnung zuwiderlaufen, so sind die betreffenden Gebäude oder Gebäudeteile umzugestalten oder zu beseitigen". Aus dieser Vorschrift ergibt sich eindeutig, daß die in den vorhergehenden Abschnitten aufgestellten Verbote nicht den Zweck haben, eine Grenzveränderung rechtlich unmöglich zu machen und einem eine solche Veränderung herbeiführenden Veräußerungsgeschäft die bürgerlich-rechtliche Wirksamkeit zu versagen. Vielmehr bleibt das Recht des polizeilichen Eingriffs auf diejenigen tatsächlichen Verhältnisse beschränkt, deren Polizeiwidrigkeit mit der Grenzveränderung und durch sie entstanden ist. Dieser Standpunkt liegt auch der Rspr. des PrOVG. über den Umfang und die Richtung der baupolizeilichen Maßnahmen bei Grenzveränderungen zugrunde (OVG. 20, 389; 33, 409; PrVerwBl. 12, 265; 26, 582; 27, 754; 30, 769). Im Einklang hiermit steht endlich die neue Gesetzgebung des Reichs auf dem Gebiet des Baurechts. In Betracht kommen namentlich: 1. VO. über die Zulässigkeit befristeter Bausperren v. 29. Okt. 1936 (RGBl. I, 933). 2. VO. über Baugestaltung v. 10. Nov. 1936 (RGBl. I, 938). 3. VO. über den Abbruch von Gebäuden vom 3. April 1937 (RGBl. I, 440). 4. VO. über die Belichtung und Belüftung von Stallungen landwirtschaftlicher Betriebe v. 19. Jan. 1938 (RGBl. I, 37) und die AusfBest. v. 31. Mai 1938 (RGBl. I, 618). 5. Ges. über die Neugestaltung deutscher Städte vom 4. Okt. 1937 (RGBl. I, 1054) und die VO. über die Neugestaltung der Reichshauptstadt Berlin v. 5. Nov. 1937 (RGBl. I, 1162), 25. Jan. 1938 (RGBl. I, 46), 23. April 1938 (RGBl. I, 410) und die VO. über die Neugestaltung der Stadt der Reichsparteitage Nürnberg v. 1. Juni 1938 (RGBl. I, 613). Durch diese Vorschriften sind die Baupolizeibehörden lediglich ermächtigt, die Benutzung, die Bebauung von Grundstücken, den Abbruch von Gebäuden und die Veränderung baulicher Anlagen allgemein oder für den Einzelfall zu untersagen bzw. von ihrer Genehmigung abhängig zu machen. Soweit dagegen der Gesetzgeber es zur Erreichung der von ihm erstrebten Zwecke für notwendig gehalten hat, darüber hinaus in das Privatrecht des einzelnen, sein Grundstück zu teilen oder es zu veräußern, einzugreifen, ist dies, nämlich in der Gesetzgebung über die Neugestaltung deutscher Städte besonders hervorgehoben worden. In diesem Falle ist eine Teilung und Veräußerung auch nicht schlechthin untersagt, sondern von einer Genehmigung abhängig gemacht worden, über die im übrigen nicht die Baupolizeibehörde, sondern der Oberbürgermeister zu entscheiden hat.

Die BaupolizeiVO. für den Stadtkreis Kiel läßt eine andere Beurteilung nicht zu. Sie ist der erwähnten EinheitsbauO. für die Stadtgemeinden von 1919 nachgebildet. Die von der BeschwF. angezogenen Bestimmungen der §§ 6 A, 7 D, 8 A, 14 „über die Lage der Gebäude zur Straße, über die für die Bebauung maßgebende Grundstücksfläche, über den Abstand der Gebäude von Nachbargrenzen und über die Brandmauern" enthalten kein die Veräußerung der fraglichen Parzelle hinderndes Verbot. Einer gegenteiligen Auffassung steht insbes. der Inhalt, der Sinn und der Zweck der allgemeinen Vorschrift des § 36 S. 1 entgegen, der mit dem § 36 EinheitsbauO. wörtlich übereinstimmt. Die Bestimmung in dem Satz 2 des § 36 BaupolizeiVO. für den Stadtkreis Kiel, daß der Grundstückseigentümer mindestens acht Tage vor der Grenzveränderung der Ortspolizeibehörde Anzeige zu erstatten hat, hat lediglich den Zweck, die Baupolizeibehörde in die Lage zu versetzen, die Beteiligten zur Vermeidung von Härten über den durch eine Grenzveränderung etwa eintretenden polizeiwidrigen Zustand rechtzeitig aufzuklären und notfalls mit den ihr gegebenen Zwangsmitteln alsbald Abhilfe zu schaffen. Aus ähnlichen Erwägungen hatte übrigens bereits der PrFinMin. versuchsweise die Katasterbehörden einzelner größerer Städte angewiesen, den Baupolizeibehörden von der Grenzveränderung bebauter Grundstücke Kenntnis zu geben, sobald ihnen die erfolgte Eintragung im Grundbuch durch die Eigentumsveränderungslisten bekanntgemacht worden ist, und ferner die Katasterkontrolleure angewiesen, die Baupolizeibehörden von jeder geplanten Grenzveränderung bebauter Grundstücke, deren Aufmessung bei ihnen beantragt ist, noch vor der Ausführung der Vermessung zu benachrichtigen (Er-

lasse v. 28. Okt. 1900, 10. Nov. 1900, 21. Juli 1903, angezogen bei Baltz-Fischer, „Preuß. Baupolizeirecht", S. 391).

Der Kaufvertrag und die Auflassung über die Parzelle sind daher rechtswirksam. Die Umschreibung des Eigentums ist also ohne Verletzung gesetzlicher Vorschriften erfolgt. Das Grundbuch ist richtig.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 30. Juni 1938, 1 Wx 282/38.) [Ş.]

*

29. RG. — 1. § 398 BGB. Sicherungsabtretung. Der entscheidende Gesichtspunkt bei jeder Sicherungsabtretung ist der, ob nach dem Willen der Parteien der Sicherungsnehmer mit der Einziehung der abgetretenen Forderung betraut ist oder nicht. Ist verabredet, daß dem Schuldner der abgetretenen Forderung die Abtretung angezeigt werden soll, so läßt das in der Regel auf den Willen der Parteien schließen, daß der Sicherungsnehmer die ihm zur Sicherheit übertragene Forderung auch voll einziehen darf ohne Rücksicht auf den Betrag seiner eigenen durch die Abtretung gesicherten Forderung.

2. § 372 BGB. Nach der zweiten Alternative des § 372 Abs. 2 BGB. kann der Gläubiger hinterlegen, wenn er infolge einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Ungewißheit über die Person des Gläubigers seine Verbindlichkeit nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen kann. Es genügt dazu, daß der Schuldner subjektiv im ungewissen ist. Seine Zweifel können in Rechtsnormen ihren Grund haben, aber auch in den tatsächlichen Verhältnissen oder in der Auslegung eines Rechtsgeschäfts. Der subjektive Zweifel des Schuldners muß nur, um die Hinterlegung zu rechtfertigen, objektiv verständlich sein. Beim Auftreten mehrerer Forderungsprätendenten wird letzteres in der Regel zutreffen.

(RG., IV. ZivSen., U. v. 2. Juni 1938, IV 55/38.) [Ba.]

*

30. LG. — § 683 BGB.; § 21 a FürsPflVO. v. 13. Febr. 1924 i. d. Fass. v. 6. Juni 1931 (RGBl. I, 305); § 1 FürsBefreiungsG. v. 22. Dez. 1936 (RGBl. I, 1125). Ein Fürsorgeverband, der einen verunglückten Hilfsbedürftigen durch Gewährung von Kur und Verpflegung in einem Krankenhause vor dem Stichtage des FürsBefreiungsG. unterstützt hat, kann die Kosten dieses Aufwandes aus nützlicher Geschäftsführung ohne Auftrag von dem Verursacher des Unfalls ersetzt verlangen.

Der Bekl. zu 1 hat am 18. Mai 1934 an der F.er Allee Ecke K.straße eine Körperverletzung des Schlossermeisters L. dadurch herbeigeführt, daß er mit dem von ihm gelenkten, der Bekl. zu 2 gehörigen Auto den L. anfuhr und verletzte. L. hat gegen beide Bekl. Klage auf Schadensersatz erhoben. Außer anderem sind die Bekl. durch rechtskräftig gewordenes Urteil des LG. v. 30. Sept. 1936 als Gesamtschuldner verurteilt worden, an den Bezirksbürgermeister des Verwaltungsbezirks H. (Wohlfahrts- und Jugendamt) für Rechnung des Kl. 257,90 *RM* zu zahlen. Beide Bekl. lehnen jetzt eine Zahlung des Betrages ab, weil der Anspruch des Kl. gegen L. gemäß § 1 Abs. 1 RBefreiungsG. vom 22. Dez. 1936 untergegangen sei. Der Kl. ist der gegenteiligen Ansicht und verlangt von den Bekl. Zahlung der 257,90 *RM* aus der FürsPflVO. und aus Geschäftsführung.

Im ersten Rechtszuge wurde die Klage abgewiesen.

Die Berufung hatte Erfolg. Der Kl. hat von der Ermächtigung des § 21 a FürsPflVO. v. 13. Febr. 1924 i. d. Fass. vom 6. Juni 1931 (RGBl. I, 305) Gebrauch gemacht, welche den Fürsorgeverband, der auf Grund dieser Verordnung einen Hilfsbedürftigen unterstützt hat, ermächtigt, den Rechtsanspruch, den der Hilfsbedürftige zur Zeit der Unterstützung gegen einen Dritten auf Leistung zur Deckung seines Lebensunterhalts hat, durch schriftliche Anzeige an sich zu überweisen. Diese Anzeige hat die Wirkung, daß diese Rechtsansprüche zum Ersatz auf den Fürsorgeverband übergehen. Damit ist der Anspruch des Verletzten L. gegen die beiden Bekl. aus dem ergangenen rechtskräftigen Urteil des LG. in Höhe von 257,90 *RM* auf den klagenden Fürsorgeverband übergegangen.

Gegenüber dem Anspruch des klagenden Fürsorgeverbandes berufen sich die beiden Bekl. darauf, daß nach dem FürsBefreiungsG. v. 22. Dez. 1936 (RGBl. I, 1125) sie von der Pflicht zum Ersatz dieser Beträge befreit seien. Nach § 1 FürsBefreiungsG. sind Kosten der öffentlichen Fürsorge, die vor dem 1. Jan. 1935 aufgewendet wurden, dem Fürsorgeverband weder von dem Unterstützten noch von seinem Ehegatten, seinen Eltern oder seinen Erben zu ersetzen. Der Zweck des Gesetzes war, Personen, die durch die verfehlte Wirtschaftspolitik der Systemregierungen in Not und Arbeitslosigkeit geraten waren und jahrelang Unterstützungen der Fürsorgeverbände hatten in Anspruch nehmen müssen, die nun, nachdem sie wieder durch die nationalsozialistische Erhebung in Arbeit gekommen waren, von den Fürsorgeverbänden auf Grund der FürsPflVO. für die gewährten Unterstützungen in Anspruch genommen wurden, insbes. den alten Kämpfern der Bewegung, zu helfen. Es sollten also die bis zum 1. Jan. 1935 von den Fürsorgeverbänden gezahlten Unterstützungen niedergeschlagen und nicht wieder von den Unterstützten erfordert werden, auch sollten nicht auf dem Umwege über Angehörige und Erben der Unterstützten diese Unterstützungen wieder von den Fürsorgeverbänden zurückgefordert werden. Das Gesetz hat sich aber nicht nur auf den Kreis der alten Kämpfer der Bewegung beschränkt, sondern die Befreiung sämtlichen Gruppen der Unterstützten, sogar Ausländern und Staatenlosen sowie Asozialen gewährt, die Unterstützung von den Fürsorgeverbänden erhalten haben. Der Abs. 2 des § 1 FürsBefreiungsG. bestimmt „§ 21 a FürsPflVO. findet keine Anwendung; Anzeigen, die ein Fürsorgeverband nach Abs. 1 Satz 1 der VO. vor dem Inkrafttreten des Gesetzes an einen Dritten erteilt hat, werden unwirksam". Es sind also auch dritte Personen, welche dem Verletzten für die Zeit, wo er von dem Fürsorgeverband unterstützt wurde, für seinen Unterhalt ersatzpflichtig waren, durch das Gesetz von der Erstattung der Fürsorgekosten an die Fürsorgeverbände befreit. Die Anzeigen, welche die Fürsorgeverbände solchen dritten Personen, um sie in Anspruch zu nehmen, erteilt haben, verlieren ihre Wirkung. Es kann sich fragen, ob das Gesetz auch Personen, welche vorsätzlich oder fahrlässig das Leben oder die Gesundheit eines Menschen, der dann vom Fürsorgeverbande unterstützt werden mußte, verletzt haben, umfassen soll. Das BG. ist der Überzeugung, daß nach dem Sinn des Gesetzes, das einen amnestieähnlichen Charakter trägt, er auch derartige Fälle mitumfaßt. Nach der Überzeugung des Gerichts ist also der Anspruch des Fürsorgeverbandes aus der Anzeige an die beiden Bekl. durch das FürsBefreiungsG. erloschen (Zimmerle, „Das Gesetz zur Befreiung von dem Ersatz der Fürsorgekosten": RArbBl. 1937, 15 und „Erläuterung zu dem Gesetz über die Befreiung von der Ersatzpflicht der Fürsorgekosten": „Nachrichtendienst des deutschen Vereins für private und öffentliche Fürsorge" Januar 1937 S. 7). Eine andere Frage ist es, ob nicht die Bekl. dem Kl. aus der nützlichen Geschäftsführung haften. Das BG. bejaht im Gegensatz zum Vorderrichter diese Frage. Der klagende Fürsorgeverband hat zwar in erster Linie seine Fürsorgepflicht gegen den Verletzten durch Zahlung der Unterstützung erfüllen wollen. Es ist aber nicht abzusehen, weshalb man nicht auch daneben einen Anspruch des Fürsorgeverbandes gegen die Personen, welche durch unerlaubte Handlung die Verletzung des L. herbeigeführt haben, anerkennen sollte. Die Verletzung des L., welche durch die Leistung der Fürsorgepflicht des klagenden Fürsorgeverbandes wieder behoben ist, war durch eine zum Schadensersatz verpflichtende unerlaubte Handlung der beiden Bekl. verursacht. Der Fürsorgeverband hat dann die Aufwendungen für L. nicht nur in der Absicht seiner Fürsorgepflicht, sondern auch in der Absicht gemacht, sich wegen dieser Aufwendungen bei den Personen, welche die Beschädigung des L. herbeigeführt haben, wieder Ersatz zu holen. Er hat die Bekl. als Sorgepflichtige für die ihnen obliegende Wiederherstellung der Gesundheit des L. in Anspruch genommen. Sein Anspruch ist also auch gegen die beiden Bekl. aus der nützlichen Geschäftsführung begründet. Diesen Gedanken hat das RG. in der in RGZ. 82, 206 ff. = JW. 1913, 877 abgedruckten Entsch. entwickelt. Das BG. ist der Überzeugung, daß die RGEntsch. durchaus auf den vorl. Fall paßt und tritt dieser Entsch. deshalb bei. Eine Umgehung des FürsBefreiungsG. kann nicht, wie die Bekl. meinen, in einer solchen Entsch. liegen. Denn die Vergünstigungen des FürsBefreiungsG. gelten auch nicht, wenn die Empfänger von Fürsorgeleistungen aus anderen Rechtsgründen, z. B. wegen ungerechtfertigter Bereicherung, weil der Unterstützte gar nicht hilfsbedürftig ist oder zur Zeit war, oder aus dem Gesichtspunkte der unerlaubten Handlung zum Rückersatz verpflichtet waren. In diesen Fällen findet das FürsBefreiungsG. auf die Unterstützten keine Anwendung. Es ist deshalb nicht abzusehen, weshalb nicht auch die dritten Schädiger, welche durch ihr Verhalten die Verauslagung der Fürsorgekosten durch den Fürsorgeverband verursacht haben, auf Grund der nützlichen Geschäftsführung sollten herangezogen werden können (Zimmerle a. a. O., S. 17). Es kommt nicht darauf an, ob der Verletzte vor oder nach dem Unfall gleichfalls vom Fürsorgeverband unterstützt ist. Der Fürsorgeverband hat nur, wie in dem Vorprozeß festgestellt ist, die reinen Fürsorgekosten berechnet. Auch können die Bekl. nicht mehr damit gehört werden, daß sie zu 257,90 *RM*, den reinen Fürsorgekosten, verurteilt sind, während in dem Grundurteil sowohl ihnen wie L. die Hälfte der Tragung des Schadens auferlegt worden ist. Da das Urteil rechtskräftig geworden ist, so können sie, die die Möglichkeit hatten, im Vorprozeß durch Ein-

legung einer Anschlußberufung eine andere Entsch. zu erreichen, in diesem Rechtsstreit damit nicht gehört werden. Es mußte deshalb unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Verurteilung der beiden Bekl. nach dem Klageantrag als Gesamtschuldner erfolgen.

(LG. Berlin, 77. ZK., Urt. v. 25. Mai 1938, 277 S 1389/38.)

*

**** 31. RG. — §§ 905, 1004, 823 ff. BGB.; § 19 LuftvG.; § 304 ZPO. Voraussetzungen für den Erlaß eines Zwischenurteils, wenn ein Teilbetrag des auf mehreren Gründen und Einzelposten beruhenden Gesamtschadens eingeklagt wird. — Anforderungen an den adäquaten ursächlichen Zusammenhang bei Schäden, die in Zusammenhang mit dem Überfliegen einer Silberfuchsfarm durch Flugzeuge infolge Verwerfens der Muttertiere entstehen.**

Der Kl. betreibt seit Nov. 1932 in einer Entfernung von einigen hundert Metern vom Start und Ziel des Nürburgringes eine Silberfuchsfarm. Auf denselben Grundstücken war früher bereits von dem Kreise Adenau eine solche Farm betrieben worden. Der Betrieb ist aber von dem Kreis im Jahre 1931 aufgegeben worden. In der Nähe der Farm führt die von den Flugzeugen der Bekl. während der Sommermonate regelmäßig durchflogene Flugstrecke Köln—Saarbrücken vorüber. Der Kl. behauptet, daß die Farm mehrfach von Flugzeugen der Bekl. überflogen worden sei und daß Aufzuchtschäden entstanden seien, indem die Fehen (Muttertiere) aus Schrecken vor dem Anblick und dem Geräusch der tiefliegenden Flugzeuge ihre Jungtiere (Welpen) verworfen oder totgebissen hätten. Schon im Jahre 1934 hatte er einen solchen Schaden geltend gemacht; damals zahlte die Bekl. vergleichsweise einen Betrag, ohne grundsätzlich eine Ersatzpflicht anzuerkennen. Mit der vorl. Klage macht der Kl. Schäden geltend, die in der Wurfzeit 1935, und zwar in der Zeit v. 1. April bis 6. Mai, entstanden sein sollen. Er behauptet, daß Flugzeuge der Bekl. am 1., 3., 6., 17., 19., 20. und 23. April, sowie am 2. und 6. Mai in geringer Höhe und mit starkem Geräusch die Farm überflogen hätten und daß dadurch ein Verlust von etwa 90 Welpen eingetreten sei. Den hierdurch entstandenen Schaden berechnet der Kl. für jedes verlorene Jungtier auf 300 *RM*, insgesamt also auf 27 000 *RM*. Ferner behauptet er, daß die Zuchttiere durch das Verwerfen eine Minderung ihres Wertes im Betrage von 13 900 *RM* erlitten hätten. Endlich will er einen „Kapitalzuchtverlust" in Höhe von 30 400 *RM* erlitten haben.

Von seinem somit auf 71 300 *RM* bezifferten Gesamtschaden verlangt er mit der Klage einen Teilbetrag von 6100 *RM* nebst 4 % Zinsen seit 31. Mai 1935.

Er stützt seinen Anspruch auf § 19 des LuftvG., sowie auf die Bestimmungen der §§ 905, 1004, 823 ff. BGB.

Die Bekl. bestreitet den Klageanspruch nach Grund und Höhe. Die Anwendbarkeit der §§ 905, 1004 BGB. verneint sie aus Rechtsgründen. Dem Anspruch aus § 19 LuftvG. fehlt nach ihrer Ansicht die Grundlage, da der vom Kl. behauptete Schaden weder beim Betrieb eines Luftfahrzeugs, noch durch einen Unfall entstanden sei. Keinesfalls sei ein adäquater ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Schaden und dem Flugbetrieb gegeben. Weiterhin leugnet sie das Vorliegen eines eigenen Verschuldens wie eines solchen der Flugzeugführer und tritt Beweis dafür an, daß sie bei der Auswahl und der Überwachung der bei dem Betrieb tätigen Personen alle im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe. Schließlich beruft sie sich auch auf die Vorschrift des § 254 BGB.

Während das LG. die Klage abgewiesen hat, ist auf die Berufung des Kl. durch Urteil des KG. dahin erkannt worden: „Die Klageforderung wird dem Grunde nach für berechtigt erklärt."

Das BU. kann schon deshalb keinen Bestand haben, weil, wie die Rev. der Bekl. mit Recht ausführt, die Voraussetzungen für den Erlaß eines Zwischenurteils gemäß § 304 ZPO. bisher nicht gegeben sind.

Wie das KG. zutreffend annimmt, scheiden die Vorschriften der §§ 905, 1004 BGB. in Verbindung mit einer entsprechenden Anwendung des im § 75 Einl. z. ALR. zum Ausdruck gelangten allgemeinen Rechtsgedankens (vgl. RGZ. 145, 107 = JW. 1934, 2764 [4]) als Grundlage des Klageanspruchs aus. Die in RGZ. 100, 69 entwickelten Sätze können gegenüber der später in dem LuftvG. getroffenen positiven Regelung keine Anerkennung mehr beanspruchen. Als Ausgleich für die im § 1 LuftvG. angeordnete allgemeine Beschränkung des Grundeigentums im Interesse des Luftverkehrs kann vielmehr lediglich die im § 19 daselbst angeordnete strenge Haftung angesehen werden (vgl. auch RGZ. 156, 305 = JW. 1938, 363 [1]). Dies um so mehr, als seit Erlaß des genannten Urteils des RG. sich eine grundlegende Änderung in der Auffassung von dem Wesen des Grundeigentums vollzogen hat. Wenn daher im § 28 LuftvG. gesagt ist, daß die reichsgesetzlichen Vorschriften, wonach für den beim Betrieb eines Luftfahrzeugs entstehenden Schaden der Halter oder Benutzer im weiteren Umfang haftet, unberührt bleiben, so bezieht sich diese Bestimmung vor allem auf Vorschriften über unerlaubte Handlungen.

Unter dem Gesichtspunkte der Haftung aus den §§ 823 ff. BGB. hat das KG. den Klageanspruch nicht geprüft, sondern den § 19 LuftvG. zur Anwendung gebracht. Nach dieser Bestimmung ist der Schaden zu ersetzen, der dadurch entsteht, daß „beim Betrieb eines Luftfahrzeugs durch Unfall ... eine Sache beschädigt" wird. Im gegebenen Falle hat nun der Kl. eine Reihe einzelner Unfälle behauptet, von denen jeder als selbständiger Haftungsgrund in Frage kommt. Ferner werden aber auch von dem Kl. auf Grund jedes einzelnen von ihm behaupteten Unfalls mehrere Ansprüche erhoben: wegen Verlustes der Jungtiere, wegen Entwertung der Zuchttiere und wegen „Kapitalzuchtverlust". Es handelt sich hierbei nicht um bloße Rechnungsposten, sondern um Teilansprüche. Ein Urteil nach § 304 ZPO. darf aber erst ergehen, wenn ein hinreichender Anhaltspunkt dafür gegeben ist, daß hinsichtlich jedes Unfalls und jedes Teilanspruchs ein erstattungsfähiger Schaden entstanden ist. Wird, wie hier, nur ein Teil des Gesamtschadens eingeklagt, so setzt der Erlaß eines Urteils nach § 304 ZPO. weiter voraus, daß dargelegt ist, auf welche Einzelansprüche die Klagesumme verteilt werden soll (vgl. RG.: JW. 1932, 778 [3]; JW. 1933, 2949 [1]; 1934, 2974 [8]). Nach diesen Richtungen hin fehlt es bisher an den ausreichenden Feststellungen, zumal das KG. den angeblichen „Kapitalzuchtverlust" bisher überhaupt noch keiner Erörterung unterzogen hat.

In sachlich-rechtlicher Hinsicht rügt die Rev. Verkennung des Unfallbegriffs durch das BG. Jedoch zu Unrecht. Das KG. geht zutreffend davon aus, daß als Unfall die plötzliche Einwirkung eines äußeren Tatbestandes auf einen Menschen oder eine Sache anzusehen ist, die eine Schädigung zur Folge hat. Wenn auch, worauf die Rev. hinweist, das Moment der Plötzlichkeit sich vorwiegend auf den Eintritt des Schadens bezieht, so unterliegt das BU. doch insoweit keinem Bedenken. Denn es ist festgestellt, daß die Muttertiere durch das Geräusch und den Anblick der Flugzeuge plötzlich eine psychische Schreckwirkung erfahren haben, die dann zu dem Verwerfen und dem Auffressen der Jungtiere geführt hat. Der unmittelbare Schaden ist also die Schreckwirkung, und diese ist plötzlich eingetreten. Daß auch solche psychische Einwirkungen als Unfall anzusehen sind, ist nicht zweifelhaft. Wenn das Verwerfen und das Auffressen der Jungtiere auch nicht plötzlich erfolgt sind, so sind diese Schäden doch durch die Schreckwirkung hervorgerufen und daher vom KG. mit Recht als Unfallfolgen erachtet worden. Das gleiche gilt von der dauernden Entwertung der Muttertiere. Es handelt sich hierbei nicht um einen nach und nach eingetretenen Schaden, sondern um einen Dauerschaden, der auf die einmalige Schreckwirkung zurückzuführen ist. Die Meinung der Rev., von einem Unfall könne überhaupt keine Rede sein, wenn sich der Betriebsvorgang ohne Zwischenfall in normaler Weise abgewickelt habe, ist abzulehnen. Sie entspricht weder dem Sprachgebrauch noch dem Sinne des Gesetzes.

Über die Frage des ursächlichen Zusammenhangs zwischen dem Luftfahrzeugbetrieb der Bekl. und den festgestellten Unfällen hatte das BG. unter Anwendung des § 287 ZPO. nach seinem tatrichterlichen Ermessen zu entscheiden, und zwar unabhängig von einer Beweislast der einen oder anderen Partei (RGZ. 151, 279 = JW. 1936, 2802 [19]; RGZ. 155, 38/39 = JW. 1937, 2349 [1] m. Anm.). Es kann der Rev. nicht zugegeben

werden, daß das KG. den ursächlichen Zusammenhang nicht für jeden Unfall hinreichend festgestellt habe. Es hat im Gegenteil auch für die Fälle, in denen auf der Farm Feststellungen über das Verwerfen und Totbeißen der Jungtiere erst einige Tage nach dem Überfliegen getroffen worden sind, den ursächlichen Zusammenhang mit ausreichender Begründung angenommen. Es hat für bewiesen erachtet, daß in diesen Fällen die Muttertiere bereits am Tage des Überfliegens in starke Erregung geraten seien, die längere Zeit angehalten und zu dem Verwerfen und Totbeißen der Jungtiere geführt habe.

Dagegen rügt die Rev. mit Recht, daß das BG. den Begriff des adäquaten Zusammenhangs verkannt hat. Nach der Rspr. des RG. besteht ein adäquater ursächlicher Zusammenhang dann, wenn eine Handlung oder Unterlassung im allgemeinen, und nicht nur unter ganz besonders eigenartigen, ganz unwahrscheinlichen und nach dem regelmäßigen Lauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen zur Herbeiführung des eingetretenen Erfolges geeignet gewesen ist (RGZ. 133, 126 = JW. 1931, 3313[5]; RGZ. 135, 149 = JW. 1932, 1251[4]; RGZ. 141, 169 = JW. 1933, 2118[4]). Bei psychischen Einwirkungen insbes. wird in der Rspr. der adäquate ursächliche Zusammenhang dann verneint, wenn der Schaden infolge einer ungewöhnlichen Veranlagung des von dem Unfall Betroffenen trotz der Ungefährlichkeit des Vorgangs bei objektiver Betrachtung eingetreten ist (RG.: JW. 1908, 41[16]). Es ist nun aber davon auszugehen, daß nach der Entwickelung, die das Flugwesen bis zu dem Jahre 1935 genommen hatte, der Anblick und das Geräusch eines in größerer Höhe ruhig dahinfliegenden Flugzeugs bei objektiver Betrachtung sowohl für den normalen Menschen, wie für normal veranlagte Tiere als ungefährlich angesehen werden muß. Wenn bei Silberfüchsen eine andersartige Reaktion festzustellen ist, so kann sie nur darauf zurückgeführt werden, daß diese Tiergattung, die hier nicht beheimatet ist, infolge ihres Ursprungs aus Gegenden, die dem modernen Verkehr entrückt sind, und infolge der besonderen Umstände ihrer Aufzucht gegen Sicht und Geräusch der Flugzeuge besonders empfindlich ist. Soweit eine Schädigung dieser Tiere durch einen bei objektiver Betrachtung ungefährlichen Vorgang des Luftverkehrs lediglich infolge ihrer ungewöhnlichen Empfindlichkeit eingetreten ist, kommt daher der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Betrieb des Luftfahrzeugs und dem eingetretenen Schaden für die Rechtsanwendung nicht in Betracht, weil er außerhalb der vom Gesetz gewollten Regelung liegt. Eine adäquate Verursachung könnte vielmehr im gegebenen Falle nur dann angenommen werden, wenn die bei den Silberfüchsen hervorgerufene Schreckwirkung darauf zurückzuführen wäre, daß ein Flugzeug in geringer Höhe oder mit übermäßigem Geräusch auf die Sinne der Tiere in einer Weise eingewirkt hätte, die auch bei nicht besonders empfindlichen Tieren eine schädliche psychische Einwirkung hervorzurufen geeignet ist. Unter diesem Gesichtspunkte bedarf die Sache daher einer erneuten Prüfung durch das BG.

Soweit das KG. eigenes Mitverschulden des Kl. verneint hat, halten seine Erwägungen der rechtlichen Nachprüfung und den Angriffen der Rev. stand.

In der RevBegr. hat die Bekl. sodann darauf hingewiesen, daß ein Schadensausgleich jedenfalls insoweit gemäß § 27 Abs. 2 LuftvG. stattfinden müsse, als der Schaden durch ein die Voraussetzung des § 833 Satz 1 BGB. erfüllendes Verhalten der Silberfüchse mitverursacht worden sei. Wenn die Revisionsbeantwortung eine Ausgleichspflicht unter Berufung auf § 840 Abs. 3 BGB. und die hierzu ergangene Rspr. (vgl. RG.: JW. 1915, 324[2]) rechtsgrundsätzlich verneinen will, so kann dem nicht beigetreten werden. Wie in der letztgenannten Entscheidung ausgeführt ist, ist die im § 840 Abs. 3 BGB. getroffene Regelung schon durch § 17 Abs. 2 KraftfG. für den Fall des Zusammenwirkens von Kraftfahrzeug und Eisenbahn, oder Kraftfahrzeug und Tier bei der Verursachung eines Schadens andersartig gestaltet worden. Der § 27 Abs. 2 LuftvG. hat die im § 17 Abs. 2 KraftfG. angeordnete Ausgleichspflicht noch erweitert, indem er sie auf alle sonst etwa für den Schaden Verantwortlichen ausgedehnt hat (vgl. die Begründung zu § 23 des Entwurfs, abgedruckt bei Schleicher zu § 27 LuftvG. S. 121). Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, daß, soweit eine Haftung des Geschädigten in seiner Eigenschaft als Tierhalter in Frage kommt, dies gemäß § 27 Abs. 2 LuftvG. zu berücksichtigen ist. Das KG. wird somit bei der erneuten Verhandlung auch diesen Punkt zu erörtern haben. Dabei wird von wesentlicher Bedeutung die Feststellung sein, ob die Tötung der Jungtiere auf einem willkürlichen, der tierischen Natur entsprechenden selbsttätigen Verhalten der Muttertiere beruht hat, wie dies § 833 BGB. voraussetzt (vgl. RGRKomm., Anm. 2 zu § 833 BGB. und die dortigen Anführungen).

Da es sich hier nicht um nachbarrechtliche Verhältnisse handelt, so hat das KG. zutreffend angenommen, daß die in RGZ. 154, 161 = JW. 1937, 1237[8] entwickelten Grundsätze auf diesen Streifall keine Anwendung finden.

(RG., V. ZivSen., U. v. 4. Juli 1938, V 17/38.) [L.]

*

32. KG. — § 1829 BGB.; § 54 EHRV. Kann ein Minderjähriger einen auf ihn als Anerben übergegangenen Erbhof mit Rücksicht auf sein jugendliches Alter in absehbarer Zeit nicht selbst bewirtschaften, so kann ein Vertrag, durch den er einen Teil des Hofes seinem älteren, bereits volljährigen Bruder überläßt, in seinem Interesse liegen und vormundschaftsgerichtlich genehmigt werden, wenn der ältere Bruder den Resthof bis zur Selbständigkeit des Minderjährigen mitbewirtschaften und zugleich für dessen Person sorgen wird.

Allerdings hat das VormGer. bei der Entsch., ob ein Rechtsgeschäft eines Minderjährigen zu genehmigen ist, von den Interessen des Kindes auszugehen. Das wohlverstandene Interesse des Minderjährigen erschöpft sich jedoch nicht darin, ob der Vertrag geeignet ist, dem Kinde wirtschaftliche Vorteile oder Nachteile zu bringen. Vielmehr muß jeweils nach Lage der Sache in Betracht gezogen werden, ob nicht dem Minderjährigen aus dem Abschluß des Vertrages auch Vorteile ideeller Art erwachsen, die ungleich höher sein können als die Erhaltung wirtschaftlicher Vorteile. Insbes. müssen dabei die Stellung des Mündels, seine Beziehungen zum Vertragsgegner, die Vermögensverhältnisse der Vertragschließenden, Gegenstand und Zweck des Vertrages, die möglicherweise höheren Interessen der Familie oder der Allgemeinheit und die in den beteiligten Volkskreisen herrschenden Anschauungen über Sitte und Anstand in Betracht gezogen werden. Alle diese Umstände sind sorgfältig gegeneinander abzuwägen, da sie durchaus das Ergebnis rechtfertigen können, daß das Mündelinteresse es erfordert, den Gesichtspunkt wirtschaftlicher Vorteile des Kindes in die zweite Reihe oder auch gänzlich zurücktreten zu lassen.

Was hier die Frage angeht, ob der Minderjährige durch den Vertrag wirtschaftliche Nachteile erleidet, so liegt die Sache nicht so, daß der Minderjährige schlechthin die Hälfte des Hofes seinem Bruder unentgeltlich überlassen soll, sondern er erhält als Gegenwert ein Hausgrundstück, das bisher nicht zum Hof gehört. Es mag sein, daß der Wert dieses Grundstücks geringer ist als die Hälfte des Erbhofes. Jedoch würde dem BeschwF. daneben ein weiterer Vorteil daraus erwachsen, daß im Falle einer Teilung sein Bruder auch den ihm, dem Minderjährigen, verbleibenden Hof mitbewirtschaften und für ihn sorgen kann, bis er selbst hinreichende Selbständigkeit erlangt hat. In Anbetracht der Tatsache, daß der Minderjährige erst acht Jahre alt ist und deshalb der Sorge für seine Person und sein Vermögen noch auf Jahre hinaus bedarf, kann dieser Vorteil schon materiell nicht gering veranschlagt werden. Er würde ihm aller Wahrscheinlichkeit nach entgehen, wenn die Teilung des Hofes unterbleibt, da dann der ältere Bruder diese Sorge kaum ausüben würde, falls er nicht die Möglichkeit, sich eine selbständige Stellung zu verschaffen, überhaupt aufgeben wollte. Schließlich besteht die sehr erhebliche Gefahr, daß die Anerbenfolge gemäß § 54 EHRV durch Bestimmung des älteren Bruders zum Anerben anderweit geregelt wird. § 54 EHRV ist allerdings eine Ausnahmevorschrift, die nur besonders schwerwiegende Härten ausgleichen soll (Vogels, „REG", 4. Aufl., § 54 Anm. 1). Es ist jedoch nicht von der Hand zu weisen, daß ein solcher Ausnahmefall hier angenommen werden kann. Denn bei den gegebenen Umständen würde, wenn der Hof nicht überhaupt auf lange Zeit der Bewirtschaftung dritter Personen überlassen werden soll, der ältere Bruder nur unter völliger Zurücksetzung eigener Interessen die Wirtschaft übernehmen können, um dann, wenn er im besten Mannesalter steht, den Hof seinem Bruder überlassen zu müssen und keine eigene selbständige Existenz zu haben. Es kann hier nicht entschieden werden, ob es nach § 54 EHRV überhaupt möglich ist, die Anerbenfolge unter der Auflage einer Teilung des Erbhofes anders regeln. Jedenfalls kann mit dieser Möglichkeit nicht in größerem Umfang gerechnet werden als mit der Wahrscheinlichkeit, daß der älteste Bruder ohne diese Auf-

lage zum Anerben bestimmt wird. Deshalb muß bei Abwägung der wirtschaftlichen Vorteile und Nachteile des Teilungsvertrages für den Minderjährigen diese Gefahr eines völligen Verlustes des Hofes wesentlich ins Gewicht fallen und darf keinesfalls unberücksichtigt bleiben.

Weiter ist aber nicht zu übersehen, daß der Vertrag dem Minderjährigen auch ideelle Vorteile nach aller Wahrscheinlichkeit bringen muß. Wie schon betont, ist der Minderjährige bei seinem jugendlichen Alter noch auf viele Jahre hinaus auf die Sorge, Unterstützung und Hilfe seiner Familienangehörigen, insbes. seines älteren Bruders, angewiesen. Kommt es nicht zu einer Teilung des Hofes i. S. des in Aussicht genommenen Vertrages und wird die Anerbenfolge nicht anderweit geregelt, so ist die Fortdauer des bestehenden Zustandes geeignet, Unzufriedenheit bei dem älteren Bruder zu erwecken, das Familieninteresse an der Bewirtschaftung des Hofes durch Familienmitglieder zu vereiteln und so das Einvernehmen der Familie zu stören und die Familienbande zu zerreißen. Im Falle der beabsichtigten Teilung des Hofes wird dagegen, wie anzunehmen ist, die Einheit der Familie, die nach nationalsozialistischer Anschauung ungleich höher zu bewerten ist als die Erhaltung materieller Vorteile, gewahrt und damit auch dem Interesse des Minderjährigen in hohem Maße gedient. Berücksichtigt man schließlich, daß in Anbetracht der Entsch. des AEG und aller sonst Beteiligter die Teilung des Hofes offenbar den verständigen Anschauungen ehrbarer Bauern entspricht und daß nach dem Vortrage des BeschwF. bereits sein Vater diese Teilungsabsicht gehabt hat, an deren Ausführung er nur durch seinen Tod verhindert worden ist (vgl. JFG. 13, 183 = JW. 1936, 393[30]), so kann es nicht als Aufgabe des VormGer. angesehen werden, sich dieser allen Teilen dienenden Lösung durch Versagung seiner Genehmigung nur deshalb zu widersetzen, weil vielleicht der Minderjährige beim Abschluß des Vertrages wirtschaftliche Nachteile erleidet.

(KG., ZivSen. 1 a, Beschl. v. 8. Juli 1938, 1 a Wx 714/38.)

*

33. RG. — § 2287 BGB. Auch der Vertragsnacherbe ist durch § 2287 BGB. gegen bösliche Schenkungen des Erblassers geschützt.

Die Rev. der Bekl. erhebt eine größere Zahl von Angriffen, denen das BU. zum Teil nicht standzuhalten vermag.

Nicht verständlich ist es allerdings, warum die Rev. bezweifelt, daß die Kl. als Vertragserbin zu gelten hat. Durch den Erbvertrag hat der Erblasser seine Ehefrau als Vorerbin, die Parteien als Nacherben eingesetzt. Es besteht keinerlei Bedenken gegen die vertragsmäßige Einsetzung von Nacherben, die dann auch als Vertragserben i. S. des Gesetzes zu gelten haben. Als weitere Folge dieser Rechtslage ergibt sich ohne weiteres, daß auch der Vertragsnacherbe durch § 2287 BGB. gegen bösliche Schenkungen des Erblassers geschützt sein muß.

Das BG. hat auch nicht verkannt, daß nicht jede Schenkung unter § 2287 BGB. fällt, sondern nur diejenige, die in der Absicht gemacht ist, den Vertragserben zu schädigen. Es hat diese Absicht beim Erblasser tatsächlich festgestellt, indem es erwägt, der Erfolg der Schädigung, der für die Kl. eintreten mußte, sei für alle Beteiligten unverkennbar gewesen, sei deshalb dem Erblasser bei Vornahme des Erlasses (zugunsten des Bekl.) auch bekannt und, da er den Bekl., den Lieblingssohn der Eltern, begünstigen wollte, auch von ihm beabsichtigt gewesen. Diese Darlegung genügt den Erfordernissen des § 2287 BGB. Die Rev. meint, eine Schädigungsabsicht des Erblassers komme nicht in Frage, da er seinen Sinn in der Zeit zwischen Abschluß des Erbvertrages und Unterzeichnung des Erlasses (die einige Stunden später am gleichen Tage, dem 4. Juli 1927, erfolgte), nicht geändert haben könne. Es sei nicht einzusehen, weshalb er, sofern er den Bekl. vor der Kl. habe bevorzugen wollen, dies nicht schon durch den Erbvertrag oder durch Unterlassung eines solchen getan habe. Damit wendet sich die Rev. unzulässig gegen die tatrichterliche Würdigung des Sachverhalts. Rechtlich und nach der Lebenserfahrung ist es keineswegs unmöglich, daß ein Erblasser innerhalb weniger Stunden nach Abschluß eines Erbvertrags aus sich heraus oder unter Einflüssen von anderer Seite seinen Sinn ändert und zu einer unter § 2287 BGB. fallenden Maßnahme schreitet.

Zuzugeben ist der Rev. jedoch, daß die Feststellung der böslichen Absicht des Erblassers ohne erschöpfende Stellungnahme zu dem vorgetragenen Sachverhalt getroffen, somit § 286 ZPO. verletzt ist. Der Bekl. hatte vorgetragen, die Kl. sei bei Errichtung der Urk. v. 4. Juli zugegen gewesen. Das würde noch nicht erheblich sein, denn bei einer unter § 2287 BGB. fallenden Schenkung wird zwar die Heimlichkeit die Regel bilden, rechtliche Voraussetzung ist sie aber nicht. Doch hatte der Bekl. weiter unter Beweis gestellt, daß das Schriftstück vor der Unterzeichnung durch den Erblasser laut vorgelesen worden sei und die Kl. nicht widersprochen habe. Er hat noch hinzugefügt, der kranke Erblasser habe zu jener Zeit allein auf die Kl. gehört. Ob der behauptete Vorgang ein Einverständnis der Kl. mit dem Erlaß bedeutet und ihrer Berufung auf § 2287 BGB. etwa entgegensteht, mußte Gegenstand tatrichterlicher Würdigung sein. Es ist nicht ersichtlich, daß das BG. sie vorgenommen hat. Beachtlich ist auch der Hinweis der Rev. auf den Umstand, daß die Kl. behauptet hatte, der Erlaß beruhe auf der Absicht, sie zu beeinträchtigen, oder sei ein Scheingeschäft. Als Scheingeschäft wäre er ohne weiteres unwirksam. Deshalb konnte das BG., wenn die Kl. beim Vortrag dieser beiden Möglichkeiten geblieben wäre, die Prüfung in dieser Richtung unterlassen, nachdem es der Klage aus § 2287 BGB. entsprochen hatte. Dem stand entgegen der Ansicht der Rev. auch nicht im Wege, daß die Kl. vorgebracht hatte, die Erlaßquittung könne nur ausgestellt sein, um den Bekl. im Besitz des Nachlasses gegen die enterbten Brüder zu sichern. Daß der Erlaß deshalb kein Scheingeschäft sein könnte, vor allem aber, daß seine Scheinnatur geprüft werden müßte, bevor er, als ernstlich gewollt, aber nach § 2287 BGB. unwirksam behandelt werden dürfte, trifft nicht zu. Unvereinbar mit der Scheinnatur und ebenso mit einer Absicht i. S. des § 2287 BGB. ist aber die Darstellung, welche die Kl. über die Herstellung des Schriftstücks gegeben hat. Darnach soll der Steuerberater X. dem Erblasser die Urkunde über den Erlaß zur Unterschrift vorgelegt und ihn trotz seines Sträubens zur Unterzeichnung gebracht haben durch die Erklärung, er könne ruhig unterzeichnen, es handle sich lediglich um eine Sicherheit für den Bekl. Hier hat die Kl. also offensichtlich vorgetragen, der Erblasser habe die Unterschrift gegeben, ohne den Inhalt und die Bedeutung des Schriftstücks zu kennen. Trifft das zu, so kann der Erlaß weder ein Scheingeschäft sein, noch kann bei der Unterzeichnung der Erblasser diejenigen Vorstellungen gehabt haben, aus denen das BG. die Absicht der Beeinträchtigung gefolgert hat. Es war also erforderlich, zu diesem Vortrage der Kl. Stellung zu nehmen.

(RG., IV. ZivSen., U. v. 16. Juni 1938, IV 42/38.) [Ba.]

Straßenverkehrsrecht

34. RG. — § 254 BGB. Ein erfahrener Kraftfahrer, der den am Steuer sitzenden Anfänger zu einer Fahrweise veranlaßt, die bei einem kundigen Fahrer angemessen sein mag, ist bei solcher Beeinflussung auch verpflichtet, acht zu geben, daß der Anfänger keine Fehler macht. Mitwirkendes Verschulden beim Unfall.

Der Ehemann der Kl. verunglückte am 5. Mai 1935 tödlich als Mitinsasse eines Personenkraftwagens, dessen Halter und Führer der Bekl. war. Der Wagen geriet in einer scharfen Linkskurve ins Schleudern, überschlug sich zweimal und blieb schließlich am rechten Straßenrand vor dort lagerndem Steingeröll liegen. Die Kl. nimmt den Bekl. auf Schadensersatz in Anspruch mit der Behauptung, er sei, obwohl er als noch unerfahrener Kraftfahrer besonders vorsichtig hätte sein sollen, mit viel zu hoher Geschwindigkeit in die Kurve gefahren und habe durch unsachgemäßes Verhalten in der Kurve den Wagen zum Schleudern und Sichüberschlagen gebracht. Der Bekl. bestreitet, den Unfall verschuldet zu haben, und macht geltend, der Getötete habe im voraus auf etwaige Ansprüche aus fahrlässigem Fahren des Bekl. stillschweigend verzichtet, habe auch während der Fahrt ständig auf schnelleres Fahren gedrängt, obwohl er als langjähriger Kraftfahrer habe erkennen können, daß eine erhöhte Geschwindigkeit bei der ihm bekannten Unerfahrenheit des Bekl. besondere Gefahren mit sich bringen werde, und deshalb durch sein Drängen auf schnellere Fahrt die Fahrt auf eigene Gefahr mitgemacht. Zum mindesten treffe ihn eigenes überwiegendes Mitverschulden an der Entstehung des Unfalls.

Das LG. hat die Klage abgewiesen. Das OLG. hat die bezifferten Ansprüche der Kl. auf Ersatz von Beerdigungskosten und auf gewisse Rentenbeträge als Ersatz für verloren gegangene Unterhaltsansprüche gegen ihren Ehemann dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und festgestellt, daß der Bekl. verpflichtet sei, der Kl. allen weiteren Schaden zu ersetzen, der ihr durch den Wegfall des Unterhaltsanspruchs noch entstehen werde.

Die Rev. hatte Erfolg.

Das BG. verneint mit rechtlich bedenkenfreier Begründung, daß zwischen dem Getöteten und dem Bekl. bei der Gefälligkeits- und Vergnügungsfahrt irgendwelche vertraglichen Beziehungen bestanden hätten, und nimmt deshalb an, daß die Kl. Ansprüche nur aus den Bestimmungen des BGB. über unerlaubte Handlungen herleiten könnten. Es sieht eine fahrlässige, jedoch nicht grob fahrlässige Verursachung des Unfalls durch den Bekl. darin, daß er als ungeübter Anfänger auf einer ihm unbekannten Straße nicht besonders vorsichtig gefahren sei und nicht so langsam, daß er auftauchenden Schwierigkeiten, ohne kopflos zu werden, hätte begegnen können.

Die RevBegr. bekämpft die herrschende Rspr., nach der in dem bloßen unentgeltlichen Mitfahren in einem Kraftwagen kein Vertragsverhältnis, sondern nur ein rein tatsächliches Verhältnis erblickt wird, auf Grund dessen nur beim Hinzutreten weiterer Umstände ein Haftungsverzicht angenommen werden kann. Sie hält diese Konstruktion für gekünstelt und meint, das aus der Eingehung einer solchen Fahrgemeinschaft sich ergebende Verhältnis und seine rechtlichen Auswirkungen müßten nach den Grundsätzen beurteilt werden, die auch sonst im Rechtsleben für die Gemeinschaft maßgebend seien, und deshalb könne der Mitfahrende von dem Fahrer nicht mehr Sorgfalt erwarten, als dieser in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflege (sog. diligentia quam suis). Diese Rechtsansicht ist jedoch verfehlt. Da von einem Vertragsverhältnis nach den tatsächlichen Feststellungen des BG. nicht die Rede sein kann, die Verantwortlichkeit des Bekl. sich also allein nach den Bestimmungen über unerlaubte Handlungen richtet, haftet der Bekl. nach §§ 823 ff. BGB., wenn er durch Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt den Unfall verursacht hat. Das Gesetz bietet keine Möglichkeit, das Erfordernis dieser Sorgfalt durch ein geringeres Maß von Sorgfalt zu ersetzen, wenn der unerlaubt Handelnde auch in eigenen Angelegenheiten nicht die Sorgfalt, die im Verkehr nun einmal erfordert werden muß, anzuwenden pflegt. Mit Grund aber rügt die Rev. die Verneinung eines mitwirkenden Verschuldens des Getöteten R. als rechtsirrig. Das BG. meint, in dem Antreiben des Bekl. zu schnellerem Fahren hätte nur dann ein Mitverschulden gelegen, wenn R. sich dessen bewußt gewesen sei oder hätte sein müssen, daß ein schnelleres Fahren Gefahr mit sich bringen könne. Dies Bewußtsein habe er nicht gehabt und nicht haben können. Seine Aufforderungen, schneller zu fahren, seien nur ein wohlgemeinter, belehrender und nach seiner Ansicht vertretbarer Rat gewesen, zuversichtlicher und nicht allzu übertrieben ängstlich und schulmäßig zu fahren, wobei vielleicht auch der Wunsch, die Fahrt nicht zu lang auszudehnen und noch vor Eintritt der Dunkelheit nach Hause zu kommen, eine Rolle gespielt habe. Damit stellt das BG. zu geringe Anforderungen an das Maß von Aufmerksamkeit und Sorgfalt, das jeder ordentliche und verständige Mensch in eigenen Angelegenheiten anwenden muß, um sich selbst vor Schaden zu hüten (vgl. RGZ. 105, 119). Wer sich als erfahrenen, überlegenen Kraftfahrer fühlend mit einem Anfänger in der Kunst des Kraftfahrens fährt und während der Fahrt den Anfänger wiederholt zu schnellerem Fahren anspornt, weil er glaubt, dem Anfänger gute Ratschläge für seine Fahrweise geben zu können und sich berufen fühlt, ihn zu einer Fahrweise zu veranlassen, die er bei einem geübten Fahrer für angemessen erachtet, der beeinflußt die Fahrweise des Anfängers in einer Weise, die ihm die Pflicht auferlegt, nun auch aufzupassen, ob nicht der Anfänger infolge der Beeinflussung Fehler macht. Beschränkte also R. sich nicht darauf, nur als Gast mitzufahren, sondern spornte er den Bekl. wiederholt zu schnellerem Fahren an, dann mußte er als erfahrener Kraftfahrer erkennen, daß das Fahren des Bekl. mit einer höheren als der ihm sonst eigenen Geschwindigkeit gewisse Gefahren in sich barg, und mußte, wenn der Wagen sich mit hoher Geschwindigkeit einer Gefahrenstelle näherte, auch seinerseits aufpassen, ob der Bekl. rechtzeitig das zur Abwendung der Gefahr Erforderliche tat. Gerade wenn R. noch kurz vor dem Unfall dem Bekl. wieder gesagt hatte, daß er schneller fahren könne, mußte er, wenn der Bekl. mit zu hoher Geschwindigkeit auf die scharfe Kurve zufuhr, rechtzeitig eingreifen, etwa durch den kurzen Ruf „Gas weg" oder durch einen ähnlichen geeigneten Zuruf. Denn wenn R. auch nach der Annahme des BG. in einer ab und zu schnelleren Fahrweise des Bekl. keine Gefahr gesehen hat, hätte er als erfahrener Kraftfahrer doch bei Beobachtung der von ihm zu verlangenden Sorgfalt erkennen müssen, daß das Hineinfahren in die scharfe Kurve mit solcher Geschwindigkeit den Wagen in die Gefahr des Schleuderns brachte, und zwar selbst dann, wenn ein erfahrener Fahrer imstande gewesen wäre, den Wagen auch mit solcher Geschwindigkeit heil durch die Kurve zu steuern.

Da hiernach das BG. ein mitwirkendes Verschulden R.s aus Rechtsirrtum verneint hat, mußte das angefochtene Urteil aufgehoben werden.

(RG., VI. ZivSen., U. v. 21. Juni 1938, VI 10/38.)

*

35. RG. — § 823 BGB. Gefälligkeitsfahrt. Ob der in einem Kraftwagen als Gast Mitfahrende das Bewußtsein der Möglichkeit einer Gefährdung gehabt hat oder nicht, ist im wesentlichen Tatfrage (RGZ. 141, 262 ff. = JW. 1933, 2389[7] m. Anm.). Zur Annahme eines Handelns auf eigene Gefahr oder eines stillschweigenden Haftungsausschlusses genügt es nicht, daß der Mitfahrende bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt mit der Möglichkeit einer Gefährdung hätte rechnen müssen, sondern es ist das tatsächliche Bewußtsein einer Gefährdungsmöglichkeit erforderlich (RGZ. 141, 262 ff.; RGUrt. v. 28. Jan. 1937, VI 283/36: JW. 1937, 1633 und die dort angeführten Entscheidungen). Hat aber dieses Bewußtsein gefehlt, so kann das Verhalten des Mitfahrenden auch nicht nach Treu und Glauben als ein Handeln auf eigene Gefahr oder ein Haftungsverzicht aufgefaßt werden.

(RG., VI. ZivSen., U. v. 15. Juni 1938, VI 13/38.)

*

36. RG. — § 7 KraftfG. Haltereigenschaft. Verfügungsgewalt und Betrieb für eigene Rechnung müssen zusammenkommen, um die Haltereigenschaft festzustellen. Überläßt jemand einen Wagen einer Behörde, ohne irgendwelche wesentlichen Unkosten zu tragen, und hatte er den Wagen vorher nicht benutzt und wollte er ihn auch weiter nicht benutzen, vielmehr lediglich weiter verkaufen, so fehlt es an einem Betreiben des Wagens für eigene Rechnung. Schwarzfahrt.

Die Bekl. hatte einen alten Opelwagen von einem Kunden in Zahlung genommen, der bei ihr einen neuen Wagen gekauft hatte. Dieser hatte den Wagen abgemeldet, das polizeiliche Kennzeichen entfernt und den Wagen dann so der Bekl. übergeben. Diese hatte ihn, ohne irgendwelche weiteren Maßnahmen vorzunehmen, bei sich eingestellt, um ihn bei sich bietender Gelegenheit zu verkaufen, „wobei an einen Verkauf zur Verschrottung gedacht war". Sie hatte nicht die Absicht, ihn sonst irgendwie für ihre Zwecke zu benutzen, hat das auch nie mit derartig in Zahlung genommenen alten Wagen getan. Für sie war er nur noch eine Ware von gewissem Materialwert. Sie sah ihn nicht als fahrbereit an und hatte irgendeine Versicherung für ihn, auch gegen Diebstahl und Feuer, nicht genommen. Diesen Wagen gab sie an H. heraus in dem festen Vertrauen, daß dieser ihn im Auftrage eines Sonderpolizeikommandos und lediglich zur Benutzung durch dieses für die Zwecke des Polizeikommandos erbitte. Sie vertraute darauf, daß dieses für seine volle Fahrfähigkeit und Zulassung sorgen werde. Sie gab ihn lediglich als einen Gegenstand heraus, der erst nach diesen Maßnahmen wieder dem Betrieb durch das Kommando zugeführt werden sollte. Ob der Wagen nur für eine Fahrt entliehen werden sollte, blieb unbestimmt. Sie rechnete aber, wie es auch sonst in früheren Fällen geschehen war, in denen sie dem Sonderkommando einen Wagen zur Verfügung gestellt hatte, selbst wenn er nur für eine Fahrt erbeten war, mit einer längeren Dauer

der Benutzung und wollte die Entscheidung über die Dauer der Benutzung vollkommen dem Kommando überlassen. Mit einer Benutzung zu privaten Zwecken rechnete sie nicht. Sie war während der Dauer der Benutzung weder willens noch in der Lage, eine Kontrolle über den Wagen auszuüben. Alle Unkosten der Instandsetzung und des Betriebes trug das Sonderkommando. Es stellte derartige Wagen bei sich ein und stellte sie, wenn sie fahruntüchtig wurden, auch wieder her. Die Bekl. trug lediglich die Kapitalzinsen und die Nachteile der Benutzung. Sie wollte den Wagen auch weder nach der Rückgabe benutzen, noch ihn wiederherstellen lassen, sondern ihn so, wie er war, verkaufen. Das BG. zieht daraus den Schluß, daß die Bekl. zur Zeit des Unfalls weder die Verfügung über den Wagen hatte, noch ihn für eigene Rechnung betrieb.

Die Angriffe, welche die Rev. gegen diese Folgerung erhebt, können im Ergebnis nicht dazu führen, daß die Beantwortung der Frage, ob die Bekl. Halterin war, auf Rechtsirrtum beruhte. Verfügungsgewalt und Betrieb für eigene Rechnung müssen zusammenkommen, um die Haltereigenschaft festzustellen. Ob hier bedenkenfrei festgestellt ist, daß die Bekl. die Verfügungsgewalt völlig verloren hatte, braucht nicht entschieden zu werden. In dieser Beziehung könnten Bedenken schon daraus hergeleitet werden, daß ja tatsächlich gar nicht das Sonderkommando, sondern H. den Wagen benutzte, und daß die Bekl. das wohl, selbst wenn H. den Wagen nicht am Abend des Benutzungstages ohne den Unfall zurückgebracht hätte, bald erfahren und den Wagen dann zurückgefordert hätte. Auch ist nicht ersichtlich, daß sie durch die Überlassung des Wagens auf Zeit völlig das Recht und die Macht verlor, über ihn zu verfügen. Aber jedenfalls ist die Feststellung, daß die Bekl. den Wagen nicht für eigene Rechnung betrieb, frei von Rechtsirrtum. Irgendein eigener Nutzen kam für sie bei dem Betrieb nach den Feststellungen nicht in Frage, und auch alle wesentlichen Unkosten trug sie nicht. Mit dem Betrieb als solchen hatte sie nichts zu tun. Sie überließ ihn völlig, wie sie annahm, einer Behörde, hatte den Wagen vorher nicht benutzt und wollte ihn auch weiterhin nicht betreiben, vielmehr lediglich verkaufen. Auch mit der Anmeldung hatte sie nichts zu tun. Betrachtet man, wie es erforderlich ist, die gesamten wirtschaftlichen Zusammenhänge, so kann ein Rechtsfehler in der Verneinung der Haltereigenschaft der Bekl. nicht gefunden werden.

Das BG. hat aber auch auf Grund seiner Feststellung ohne Rechtsirrtum angenommen, daß, selbst wenn die Bekl. als Halterin zu gelten hätte, doch ihre Haftung durch Abs. 3 des § 2 KraftfG. ausgeschlossen würde. Daß die Fahrt des H. für die Bekl., die den Wagen lediglich dem Sonderkommando zur Benutzung überlassen wollte, eine Schwarzfahrt i. S. des Abs. 3 war, nämlich ohne ihr Wissen und Willen unternommen war, ist mit Recht vom BG. angenommen worden. Danach mußten die Kl. beweisen, daß die Bekl. die Benutzung des Fahrzeugs durch ihr Verschulden ermöglicht habe. In dieser Beziehung gehen die Feststellungen des BG. dahin:

Das Sonderkommando machte in großem Umfange von der Bereitwilligkeit der Bekl., Wagen für Dienstzwecke zur Verfügung zu stellen, Gebrauch. Das Ersuchen und die Überlassung erfolgten ganz formlos und ohne jede Nachprüfung und Bescheinigung. Nie hatte sich bis zur Entnahme des Unglückswagens eine Unzuträglichkeit oder ein Mißbrauch zur Kenntnis der Bekl. herausgestellt. Man hatte bei ihr volles Vertrauen zu dem Sonderkommando. Erschien jemand, der nach Uniform und Binde ihm angehörte, und bat um einen Wagen, so wurde er ihm zur Verfügung gestellt. Als H. den Wagen hier erbat, war für die Bekl. die Absicht der außerdienstlichen Verwendung des Wagens in keiner Weise erkennbar; er glaubte völlig an den dienstlichen Zweck der Verwendung. H. und B. waren in Uniform und mit der Dienstbinde des Sonderkommandos erschienen.

Wenn das BG. aus diesen Feststellungen, die es auf Grund einer sehr eingehenden Beweisaufnahme getroffen hat, den Schluß zieht, daß die Bekl. die Benutzung des Wagens zu der Fahrt nicht schuldhaft ermöglicht hat, so kann ihm darin nicht aus Rechtsgründen entgegengetreten werden.

(RG., VI. ZivSen., U. v. 1. Juni 1938, VI 2/38.) [v. B.]

*

37. OLG. — § 17 KraftfG. Der Ehemann, in dessen von ihm gesteuerten Kraftwagen seine Ehefrau als Insassin beim Zusammenstoß mit einem anderen Kraftwagen verunglückt, ist dem Drittschädiger wegen des Schadens der Ehefrau nicht ausgleichspflichtig, wenn ihm selbst nur leichtes Verschulden an dem Unfall zur Last fällt. †)

Die Ehefrau des Kl. ist in dessen, von ihm selbst gesteuerten Personenkraftwagen gelegentlich einer gemeinsamen Fahrt von B. nach M. bei einem Zusammenstoß mit dem Personenkraftwagen des Bekl. körperlich verletzt worden. In einem Vorprozeß zwischen ihr und dem Bekl. ist dieser zur Zahlung von 115 *RM* Heilungskosten an sie verurteilt worden, und es ist festgestellt worden, daß er verpflichtet ist, ihr allen weiteren Schaden aus dem Unfall zu ersetzen. Im jetzigen Rechtsstreit verlangt der Kl. mit seiner Klage Ersatz seines Sachschadens von 110 *RM* vom Bekl. und dieser mit der Widerklage Ersatz des ihm entstandenen Sachschadens von 118 *RM*. Weiter hat der Bekl. mit seiner Widerklage die Feststellung verlangt, daß der Kl. verpflichtet sei, ihn von den Ansprüchen zu befreien, welche seine Frau gegen ihn (Bekl.) aus dem Urteil im Vorprozeß habe. Das OLG. hat die Klage und auch die Widerklage abgewiesen. Es hat angenommen, daß beide Parteien an dem Zusammenstoß ein leichtes Verschulden treffe, und daß daher und in Anbetracht auch gleicher Verursachung und des etwa gleich hohen Sachschadens diesen jede Partei im Ausgleichswege nach § 17 KraftfG. selbst tragen solle. Die Feststellungs-Widerklage ist aus folgenden Gründen abgewiesen worden:

Der Feststellungsanspruch gründet sich auf § 17 KraftfG. Er hat zur Voraussetzung, daß ebenso wie der Bekl. auch der Kl. seiner Frau kraft Gesetzes zum Ersatz des ihr erwachsenen Schadens verpflichtet ist. Diese Verpflichtung des Kl. könnte sich nur aus § 823 BGB. ergeben, da das KraftfG. wegen seines § 8 nicht anwendbar ist. Nun hat zwar der Kl. den Unfall durch Fahrlässigkeit verursacht, also verschuldet. Es fehlt aber im Verhältnis zwischen ihm und seiner Frau an der weiteren Voraussetzung des Anspruchs: der Widerrechtlichkeit. Es muß nämlich angenommen werden, daß die Frau des Kl. ihm im voraus die Haftung für leichte Fahrlässigkeit erlassen hat, als sie sich mit ihm zusammen auf die Fahrt von B. nach M. begab.

Es braucht hier nicht Stellung genommen zu werden zu dem immer noch unentschiedenen Streite der Meinungen über die Haftung dessen, der einen anderen unentgeltlich aus Gefälligkeit in seinem Kraftwagen mitnimmt; denn, wie man sich auch grundsätzlich dazu stellen mag, in dem einen stimmt man jedenfalls überein, daß nämlich eine Einschränkung der Haftung zum mindesten in allen den Fällen eintritt, wo neben der Gewährung und Annahme der unentgeltlichen Gefälligkeit diese Einschränkung ausdrücklich vereinbart wird oder den begleitenden Umständen nach als stillschweigend vereinbart gelten muß (RGZ. 128, 232 = JW. 1930, 2854 [4]; RGZ. 141, 263 = JW. 1933, 2389 [7], RGZ. 145, 390 = JW. 1935, 1023; 1936, 445, 1581, 1584, 1860). Als solche Umstände betrachtet man neben anderen nahe Bekanntschaft, enge Freundschaft, Verwandtschaft der Beteiligten, und es wird bei ihrem Vorliegen die Einschränkung der Haftung für Fahrlässigkeitsschäden auf die Fälle grober Fahrlässigkeit als gewollt und stillschweigend vereinbart angesehen.

Wenn dies schon der Fall ist in jenen Verhältnissen, in denen vertragsweise Regelung der Beziehungen die Regel und das gegenseitige Gefälligsein doch immerhin eine, wenn vielleicht auch häufige Ausnahme ist, wieviel mehr muß es dann erst gelten für die Ehe als für ein Verhältnis, in dem das gegenseitige Geben und Nehmen von Gefälligkeiten, das Einander-zu-Gefallen-Leben geradezu einen Teil seines inneren Sinngehalts ausmacht! Hier ist eine Sinnesart des einen, die den anderen für jede leichte Verfehlung bei Abwicklung der Äußerlichkeiten des Zusammenlebens belastet und bei etwa schädigenden Folgen eine Rechtspflicht des anderen zum Ersatz beansprucht, mit dem Wesen der eingegangenen Lebensgemeinschaft unvereinbar. Hier bedeutet ein durch solche Verfehlung herbeigeführter Schaden nichts weiter als ein Zufallsungemach, das beide Ehegatten miteinander tragen sollen. Darauf, daß dann, wenn es sich dabei um Körperschaden handelt, der eine vom anderen „eine billige Entschädigung in Geld" soll fordern dürfen, wird keiner verfallen. Eine Ehefrau wird schon deshalb ganz allgemein nicht an solche Schadensersatzansprüche denken, weil ja ohnehin der Mann das zur Schadensbeseitigung Notwendige kraft seiner allgemeinen Unterhaltspflicht gewähren muß. Eine gemeinsame Fahrt der Eheleute in dem vom Manne selbst gesteuerten Kraftwagen des Ehemannes ist aber gar nichts weiter als ein Teil ihres ehelichen Zusammenlebens. Für sie haben daher auch die bisherigen Erwägungen zu gelten. Will man dabei überhaupt besonders von Gefälligkeiten sprechen, so dürfte sie meistens auf beiden Seiten liegen: der Mann erweist der Frau die Gefälligkeit des Mitnehmens, die Frau dem Manne die Gefälligkeit des Mitkommens. Danach muß angenommen werden,

daß allgemein unter Eheleuten für Fahrten, zu denen der Mann die Frau im selbstgesteuerten Kraftwagen mitnimmt, die Haftung des Mannes für Fahrlässigkeitsschäden zum mindesten für leichte Fahrlässigkeit kraft stillschweigender, dem Wesen der Ehe als selbstverständlich entsprechender Vereinbarung vorhinaus ausgeschlossen ist.

War die Frau des Kl. also gesonnen und deshalb auch gehalten, leichte Sorgfaltsverletzungen ihres Mannes auf jener Fahrt nach M. in Kauf zu nehmen, dann entfällt damit die Widerrechtlichkeit des Verhaltens des Kl. auf der Fahrt im Verhältnis zu ihr, damit also auch seine Schadenshaftung ihr gegenüber, demnach auch seine Ausgleichspflicht gegenüber dem Bekl.

Zum selben Ergebnis führt auch eine andere Erwägung. Es wurde schon gesagt, daß eine gemeinsame Fahrt der Eheleute im vom Manne selbst gesteuerten Kraftwagen nichts weiter ist als ein Teil des ehelichen Zusammenlebens, als eine Betätigung der ehelichen Lebensgemeinschaft, zu der die Ehegatten nach § 1353 BGB. einander verpflichtet sind. Nach § 1359 BGB. haben die Ehegatten bei der Erfüllung der sich aus dem ehelichen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen. Die darin liegende Haftungsbefreiung findet ihre Grenze in grober Fahrlässigkeit (§ 277 BGB.), gilt also nur für leichte Fahrlässigkeit. Grobe Fahrlässigkeit ist dem Kl. nicht nachgewiesen und ebensowenig, daß er nach seiner sonstigen Gewohnheit eine Fahrweise, wie die beim Unfall geübte, meidet. Deshalb entfällt mangels eines vertretbaren Verschuldens des Kl. auch hier wieder die Rechtswidrigkeit seines Handelns im Verhältnis zu seiner Frau und somit seine Schadenshaftung.

Auch selbst wenn man dieser Begründung nicht folgen will, ist das Ergebnis kein anderes. Soweit der Bekl. mit seiner Widerklage den Übergang eines etwaigen Schmerzensgeldanspruchs der Frau des Kl. gegen ihn geltend macht, steht dem § 847 Abs. 1 Satz 2 BGB. entgegen, wonach der Schmerzensgeldanspruch nicht übertragbar, also auch sein Übergang kraft Gesetzes ausgeschlossen ist. Es muß aber auch im übrigen angenommen werden, daß hier neben der Regel des § 426 BGB. (§ 17 KraftfG.) etwas anderes bestimmt ist, nämlich daß der Übergang der nur durch leichte Fahrlässigkeit des Mannes begründeten Schadensersatzforderungen der Frau auf einen Zahlung leistenden Mitschädiger ausgeschlossen sein soll, weil aus dem ehelichen Verhältnis heraus diese Forderungen als höchstpersönliche Rechte der Frau betrachtet werden müssen und deshalb ihre Geltendmachung immer nur mit ihrem Willen erfolgen darf. Es fordert hier der Rechtsgedanke des § 67 VVG. Anwendung, wonach beim Vorhandensein eines Drittschädigers eines Unfallversicherten der Schadensersatzanspruch des Geschädigten gegen den durch leichte Fahrlässigkeit ihn Schädigenden nicht auf die zahlende Versicherung übergeht, sofern der Drittschädiger ein mit dem Versicherten in häuslicher Gemeinschaft lebender Angehöriger ist. Der Grund dieser Regelung, daß in solchem Falle nicht durch die von dritter Seite erzwungene Inanspruchnahme des Schädigers Unfrieden in das Familienverhältnis hineingetragen werden soll, ist in ganz gleicher Weise in dem vorl. Falle gegeben und gebietet daher die gleiche Regelung, der die Gesetzeslage nicht entgegensteht.

Die auf den vermeintlichen Ausgleichsanspruch sich stützende Feststellungs-Widerklage war daher abzuweisen.

(OLG. Naumburg, Urt. v. 29. März 1938, 7 U 5/38.)

Anmerkung: Gegen diese Entsch. habe ich Bedenken.

I. Ob das Urteil an der mehrfach ausgesprochenen, unrichtigen Auffassung des OLG. Naumburg festhält, daß die Ausgleichung nicht nach den Quoten der Verursachung zu erfolgen habe, sondern auch grundsätzlich dahin erfolgen könne, daß jeder Teil seinen Schaden selber trage, ist nicht klar zu ersehen. Diese Auffassung, die StraßVerkR. Nr. 281 und JW. 1936, 3406[20] ausgesprochen ist, hat Ablehnung von mir zur ersten Entsch. und von RA. Jonas zum zweiten Urteil gefunden. Es ist nicht erfindlich, welchen Zweck die genaue Feststellung der Verursachung haben soll, wenn hinterher beliebig bei der Verteilung des Schadens von dem Verursachungsanteil abgewichen werden kann und nur die wenig tröstliche und bei Sachschaden meist nicht mögliche Rüge der unrichtigen Handhabung des Ermessens = Willkür für die RevInst. verbleibt. Für den vorl. Fall betont das Urteil ausdrücklich die Tatsache des etwa gleichhohen Sachschadens zur Rechtfertigung der Abweisung von Klage und Widerklage insoweit bei gleicher Bewertung der Verursachung. Mit dieser Einschränkung kann dem Urteil zugestimmt werden. Denn es würde allerdings keinen Sinn haben und alle Beteiligten bei Errechnung und Kostenausgleichung unnütz beanspruchen, wenn bei einem Verhältnis der Schäden von 110 : 118 die Annahme gleichmäßiger Verursachung nicht zur Abweisung beider Ansprüche führen könnte.

II. Das Urteil erscheint zunächst sehr einleuchtend: Voraussetzung der Beteiligung des fahrenden Ehemannes am Schaden seiner Ehefrau, den der andere Fahrer und Halter gedeckt hat, Haftung des Ehemannes kraft Gesetzes; Möglichkeit der Annahme des Haftungsausschlusses für alle Grade der Fahrlässigkeit im voraus auch aus „den Umständen des Falles"; mit Rücksicht auf die nahe Lebensgemeinschaft von Eheleuten aus den Umständen zu entnehmen, daß auf Haftung jedenfalls für leichtes Verschulden im voraus verzichtet ist. Dazu die Ausführungen über das Wesen der Ehe und der Hinweis, daß eine Ehefrau von ihrem eigenen Ehemann kein Schmerzensgeld verlangen werde, lesen sich schlechthin überzeugend.

Anlaß zu einer näheren Beschäftigung mit den Erwägungen gibt aber der Erfolg des Urteils: die „einige Lebensgemeinschaft", die sonst zum Ausschluß von Ansprüchen führt, ist hier gerade die Ursache dafür, daß der Schaden ungeschmälert aus dritter Tasche ersetzt wird. Während also sonst unter Ehemann und Ehefrau in derartigen Fällen keinerlei Ersatz und Vermögensverschiebung erfolgen soll, mit Recht auch im Urteil darauf hingewiesen ist, daß für die Beseitigung der Schadensfolgen der Ehemann schon kraft seiner allgemeinen Unterhaltspflicht aufzukommen habe (auf die Frage, ob das nicht Ersatzpflicht kraft Gesetzes ist, ist noch einzugehen!), soll hier dem Dritten entgegengehalten werden können, daß er keinen Ausgleichsanspruch habe, weil eben die Eheleute in so einiger Gemeinschaft lebten? Man wird einwerfen, daß das die zwangsläufige Folge des § 17 KraftfG. in Einzelfällen sei. Denn, um haftbar zu sein, müsse der Halter kraft Gesetzes selbständig haften, wie jetzt allgemein anerkannt, wenn auch in Einzelfällen sehr bedenklich ist (vgl. Müller[12], § 17 C I a 4, der aber auf die Bedenken gerade für einen Fall der vorl. Art Anm. C I a 5 eingehend hinweist, wenn er auch ein anderes Ergebnis wohl nicht für möglich hält.

Ob diese Ansicht richtig ist, kann aber für den vorl. Fall unentschieden bleiben. Denn der grundsätzliche Haftungsausschluß für leichte Fahrlässigkeit bei „naher Bekanntschaft, oder Freundschaft und Verwandtschaft" der Beteiligten, den das Urteil ohne Anführung der Rspr., die anscheinend widerspruchslos sein soll, annimmt, ist in der Rspr. nicht zu finden. Dieser Auffassung ist vielmehr in dieser Allgemeinheit nur OLG. Kiel: HöchstRRspr. 1936, 618 und 1233 (Carl, „StraßVerkR.", 1937, 393 b) beigetreten, während das LG. Naumburg bei gemeinsamen Vergnügungsfahrten den Kraftfahrzeughalter sogar weder aus Vertrag noch aus unerlaubter Handlung haften lassen will, vielmehr als Parteiwillen unterstellt, daß keiner mit besonderen Sorgfaltspflichten beschwert (!) sein solle und jeder auf eigene Gefahr handele! (JurRdschPrVers. 1936, 384 Anm. Hagemann-Carl a. a. O. Nr. 365). Diese letztere Auffassung kann für sich in Anspruch nehmen, allein zu stehen (vgl. die Übersichten bei Weigelt: DAR. 1936, 263 und Becker: JurRdschPrVers. 1937, 65). Im übrigen besteht allerdings im Schrifttum Streit darüber, ob nicht grundsätzlich bei Gefälligkeitsfahrten Haftungsausschluß für leichte Fahrlässigkeit angenommen werden müsse (dafür Louis: JW. 1936, 425 und Groebe: JW. 1936, 1581; dagegen Gülde: JW. 1936, 1584 und VAE. 1936, 166, der der immerhin nicht einfach abzutuenden Auffassung ist, daß ein nahes persönliches Verhältnis ein besonderes Vertrauen mit sich bringt, daß also gerade in diesem Fall an Haftungsausschluß kaum gedacht wird). Auch der weitere Gesichtspunkt, daß etwa jemand, der aus Gefälligkeit Leute auf der Landstraße mitnimmt, sich seiner Verantwortung bewußt bleiben muß und daß ihm nicht einfach die Haftung für leichte Fahrlässigkeit nach Möglichkeit erlassen werden sollte, ist von Bedeutung, wenn man nicht der unmöglichen Auffassung des wiedergegebenen Urteils des LG. Naumburg folgen will. In der Rspr. aber ist stets eine genaue Prüfung der Umstände erfordert und nahe persönliche Beziehung für sich im allgemeinen nicht für ausreichend erachtet, um neben dem Gesichtspunkt der Gefälligkeitsfahrt die Haftung auch für leichte Fahrlässigkeit auszuschließen (vgl. den Hinweis bei Müller, § 7 Abs. 2 C. Die besonderen Umstände für die Annahme des Ausschlusses der Haftung für Fahrlässigkeit, auch leichte, müssen vielmehr über die persönliche Bindung hinausgehen.

Wegen der Rspr. im einzelnen kann auf Müller, § 8 A I b 6 verwiesen werden. Hervorgehoben seien jedoch folgende Entscheidungen:

1. Das RG. hat RGWarn. 1937 Nr. 9 = Carl 1937, 360 gebilligt, daß „für unentgeltliche Gefälligkeitsfahrten rein gesellschaftlich-freundschaftlicher Art vielleicht nicht bei einfacher Fahrlässigkeit gehaftet werde, jedenfalls aber bei grober". Diese hatte das BG. festgestellt. Damit ist die Frage, ob bei solcher Sachlage Ausschluß der Haftung für leichte Fahrlässigkeit angenommen werden könne, ausdrücklich offen gelassen.

2. In der Entsch. JW. 1936, 3382[3] = Carl 1937 Nr. 356 b hat das RG. aus der gemeinsamen Unternehmung einer Autofahrt mit der Geliebten nicht geschlossen, auf Ansprüche aus Verschulden

des Fahrers — also auch aus leichtem Verschulden! — sei verzichtet. Selbst in der Erklärung gegenüber der Polizei, der Fahrer sei schuldlos, könne ein solcher Verzicht nicht gefunden werden.

3. Das LG. Potsdam ist DAR. 1936, 271 der Auffassung, daß eine Verlobte von ihrem Partner besondere Sorgfalt und Schutz ihrer Person erwarte, daß also von Verzicht auf Haftpflichtansprüche in solchen Fällen nicht gesprochen werden könne (Carl, 1937, 356 a).

4. Daß der bloße Wunsch, aus Gefälligkeit mitgenommen zu werden, dem ohne weitere Erörterung entsprochen wird, entgegen der Auffassung von OLG. Kiel keinen Rückschluß auf Haftungsausschluß erlaubt, ist RG.: VAE. 1936, 515 = Carl, 1937, Nr. 362 a klar ausgesprochen.

5. Schließlich hat das OLG. Dresden: VAE. 1936, 578 = Carl, 1937, 363 ausgesprochen:

„Wer jemand — aus welchem Grunde auch immer — mit einem Kraftfahrzeug befördert, ist mangels entgegenstehender ausdrücklicher Abrede zur Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt verpflichtet."

Die Meinung des OLG. Naumburg, „man" betrachte als neben die Unentgeltlichkeit tretende, für die Ausschließung der Haftung für leichtes Verschulden sprechende Umstände neben anderem „nahe Bekanntschaft, enge Freundschaft und Verwandtschaft", ist also doch wohl in dieser Allgemeinheit in der Rspr. kaum, im Schrifttum nur so vertreten, daß die beachtlichen Gegengründe nicht annähernd entkräftet sind.

Im übrigen sind auch die Erwägungen, die das Urteil über die „Gefälligkeiten" der Ehepartner ausspricht, bei näherer Prüfung nicht bedenkenfrei. Der Gedanke, daß eine Frau an Schadensersatzansprüche nicht denken wird, weil diese überwiegend kraft Unterhaltspflicht des Mannes befriedigt werden müssen, ist in diesem Zusammenhang nicht zu verwenden; wenn ein Berechtigter aus einem bestimmten Grunde Befriedigung erhält, wird er sich im allgemeinen mit der Frage eines etwaigen anderen Rechtsgrundes nicht mehr beschäftigen. Reine Gefälligkeiten werden übrigens auf beiden Seiten nicht immer vorliegen, zum mindesten ohne genaue Prüfung des Fahrzweckes gar nicht festzustellen sein. Denn auf der Fahrt von Berlin nach München wird auch die Frau einmal fahren; wenn es sich um eine Geschäftsreise handelt, kann die Hilfe, die sie dabei leistet, im Rahmen des § 1356 BGB. liegen: Gefälligkeit scheidet dann aus. Wenn aber eine Ferienfahrt vorliegt, wird es im allgemeinen dem Willen des Mannes und der beiderseitigen Pflicht entsprechen, daß die Frau ihn begleitet; auch dann wird sie häufig ihn gelegentlich ablösen; das ist sicher ein Teil des ehelichen Zusammenlebens, aber das spricht gerade gegen die Annahme einer Gefälligkeitsfahrt. Das hebt auch das Urteil ganz richtig hervor, ohne jedoch die naheliegende Prüfung daran anzuschließen, ob nicht schon damit für die Übertragung der Gesichtspunkte zur „Gefälligkeits"-Fahrt besondere Vorsicht geboten war. Denn mit der Unentgeltlichkeit ist doch bei gemeinsamer Fahrt von Eheleuten noch erheblich weniger anzufangen, weil unentgeltliche, aber gesetzlicher Pflicht entsprechende Leistungen unter Eheleuten vielfältig sind. Wenn nun schon der Gedanke gemeinsamen „Ungemachs", das Eheleute gemeinsam tragen sollen, Verwendung findet (zu Recht), wäre doch wohl die logische Folge die, daß die Einigkeit der Beziehung dazu führt, daß der Mann am Schaden der Frau mitträgt und nicht dem Dritten erklären kann, daß er, der Dritte, mit Rücksicht auf diese Beziehung den ganzen Schaden tragen müsse, oder aber logische Folge, daß die Frau an den Folgen der Fahrlässigkeit des Mannes ihr Teil übernimmt.

III. Der Erwähnung hätte immerhin bedurft, daß mit Rücksicht auf § 843 Abs. 4 BGB. die Unterhaltsleistung des Ehemannes, die sich auf die Heilungskosten erstreckt, die Schadensersatzpflicht des Dritten nicht ausschließen kann (vgl. RGRKomm. Anm. 8 und JW. 1936, 1667[6] Anm. Carl). Diese Haftung des Ehemannes zur Leistung der Heilungskosten als gesetzliche Unterhaltspflicht kann allerdings nicht als „Haftung kraft Gesetzes" i. S. des § 17 KraftfG. angesehen werden. Hier muß angenommen werden, daß die Haftung aus §§ 823 ff. BGB., § 7 KraftfG. die Berücksichtigung der gesetzlichen Unterhaltspflicht ausschließt, obwohl auch diese eine Haftung kraft Gesetzes ist. Andernfalls würde ja der nichtsäumige Schädiger schlechter gestellt als der säumige, weil dem ersteren das Wegfallen der Unterhaltspflicht infolge Befriedigung der Heilungskosten entgegengehalten werden könnte, dem säumigen aber nicht, der vielmehr seinerseits Ausgleichung beanspruchen könnte.

IV. Erheblich ist die Bezugnahme des Urteils auf die Bestimmung, daß die Ehegatten nur für die Sorgfalt haften, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen (§ 1359 BGB.). Bedenken bestehen hier insofern, ob die Verpflichtung gegenüber der im Kraftwagen mitgenommenen Ehefrau sich „aus dem ehelichen Verhältnis" ergibt (vgl. dazu RGRKomm., Anm. 1 und 2 zu § 1359). Selbst wenn man das aber annimmt, schein die Beweislast in der Entsch. nicht berücksichtigt. Denn der Kl. wäre doch wohl beweispflichtig dafür, daß er stets so fährt, daß von leichter Fahrlässigkeit gesprochen werden kann. Wenn die Grenze dieser Sorgfaltsbefreiung nach dem Gesetz in grober Fahrlässigkeit liegt, so kann doch nicht daraus gefolgert werden: also (!) gilt die Haftung nicht bei leichter Fahrlässigkeit. Der Schluß ist nur dann richtig, wenn im konkreten Einzelfall leicht fahrlässige Fahrweise üblich ist. Das aber würde der Kl. zu beweisen haben.

V. Beim Schmerzensgeldanspruch ist wohl weniger Übergang als Ausgleichungspflicht geltend gemacht. Der Hinweis auf § 847 Anm. 1 S. 2 zur Ablehnung der Berechtigung der Geltendmachung dieses Anspruchs würde jeden Mitschuldner hindern, für einen von ihm befriedigten Schmerzensgeldanspruch vom mithaftenden zweiten Schädiger einen Anteil zurückzuverlangen. Der Hinweis auf § 426 BGB., dessen Anwendung kraft des ehelichen Verhältnisses ausgeschlossen sein soll, berücksichtigt ebenso wie die vorstehend kritisierten Erwägungen des Urteils einseitig nur die Interessen der Eheleute. Läßt es wirklich ein gesundes Rechtsgefühl zu, daß eine Ehefrau dem Dritten gegenüber den ganzen Schadensersatzanspruch geltend macht und dann bei Rückgriff auf den Ehemann sich auf ein Verhältnis beruft, das hier nur dem eigenen geldlichen Vorteil und dem Schaden des Dritten dienen soll?

VI. Gegen die Anwendung des Rechtsgedankens der Vorschrift des § 67 VVG. auf das Schadensersatzrecht des Bürgerlichen Rechts bestehen doch die erheblichsten Bedenken. Die Tatsache, daß man hier eine Sondervorschrift geschaffen hat, die den Versicherten davor bewahren soll, im Rahmen des Versicherungsverhältnisses den Schaden doch wieder selbst zu bezahlen oder vom nächsten Angehörigen bezahlt zu sehen, hat mit dem Versicherungsvertrag, aber nichts mit der Frage einer gesetzlichen Haftung und ihrer Grundsätze zu tun. Die Ableitung solcher „allgemeiner Rechtsgedanken" aus einem engen Sondergesetz ist mit der gegebenen Begründung nicht möglich und muß schon aus allgemeinen Gründen sehr entschieden abgelehnt werden.

VII. Bemerkt sei endlich, daß das RG. bereits einmal einen ähnlichen Fall zu entscheiden hatte. Dort war die Ehefrau des Halters bei der Unglücksfahrt von dessen Fahrer gefahren worden. Der Einwand aus § 17 KraftfG. von seiten des anderen Halters ist mit der Erwägung abgelehnt, daß die Ehefrau nur Inpassin gewesen sei, das Verschulden des Fahrers ihr also nicht entgegengehalten werden könne. Dann ist eingehend erörtert, ob dem Ehemann Verletzung der Sorgfaltspflicht bei der Auswahl zum Vorwurf zu machen sei, weil ihn das der Ehefrau gegenüber zum Ersatzverpflichten könne, und ohne Erörterung, ob grobe oder leichte Fahrlässigkeit in Betracht komme, ein Verschulden verneint und damit der Ausgleichungsanspruch des Bekl. zu Fall gebracht. Aus diesem Urteil (RGZ. 138, 1 ff. = JW. 1932, 3711) geht einwandfrei hervor, daß das RG. die Auffassung des obigen Urteils über die Folgen der ehelichen Lebensgemeinschaft auf die Schadensersatzpflicht Dritter nicht teilt.

Aus allen diesen Gründen ist das obige Urteil abzulehnen.

RA. Carl, Düsseldorf.

*

38. RG. — § 17 KraftfG.; § 254 BGB. Die Abwägung nach § 17 KraftfG. und § 254 BGB. ist zwar grundsätzlich Sache des Tatrichters und der Nachprüfung in der RevInst. entzogen. Für ein Eingreifen des RevG. ist aber dann Raum, wenn die Rechtsgrundsätze der Abwägung verkannt worden sind (RGUrt. v. 8. Nov. 1937, VI 129/37: JW. 1938, 105; RGZ. 133, 128 = JW. 1931, 3313[5] m. Anm.), insbes., wenn die Beurteilung des Verhaltens eines Beteiligten einen Rechtsirrtum erkennen läßt oder offenbar wesentliche Tatumstände unberücksichtigt geblieben sind (RGUrt. v. 20. April 1931, VI 392/30: JW. 1932, 787).

(RG., VI. ZivSen., U. v. 21. Juni 1938, VI 16/38.)

Reichshaftpflichtgesetz

39. RG. — RHaftpflG. Auch die schuldhafte Handlung eines Dritten — eines Reisenden oder eines Bahnbeamten —, die den Unfall mitverursacht haben könnte, schließt die Ursächlichkeit des Bahnbetriebs und die hieraus sich ergebende Haftung der Reichsbahn nicht aus.

Der Kl. behauptet, am 29. Dez. 1934 gegen 13 Uhr in H. auf dem H.-Wege nahe der Eisenbahnunterführung durch

eine Tüte mit Salz, die aus einem in Richtung H. vorüberfahrenden Personenzuge herausflog, am rechten Auge derartig verletzt worden zu sein, daß sich aus einer starken Verätzung der Bindehaut eine Hornhauterkrankung, verbunden mit heftigen Kopfnervenschmerzen, entwickelte. Während des zweiten Rechtsganges ist ihm das Auge operativ entfernt worden. Mit der Klage macht er den Bekl. (das Deutsche Reich, vertreten durch die Reichsbahndirektion) aus dem RHaftpflG. verantwortlich und verlangt einmal dessen Verurteilung zur Zahlung bezifferter Beträge und sodann die Feststellung seiner Schadensersatzpflicht. Der Bekl. bestreitet, daß der Unfall des Kl. sich überhaupt ereignet habe, und leugnet seine Schadensersatzpflicht. Das LG. hat den Zahlungsanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und die beantragte Feststellung getroffen. Das OLG. hat die Berufung des Bekl. zurückgewiesen und auch einem im Wege der Anschlußberufung zahlenmäßig erhöhten Antrage des Kl. dem Grunde nach entsprochen.

Die Rev. war erfolglos.

Das BG. hat auf Grund der Beweisaufnahme und insbesondere aus den von ihm bei der Ortsbesichtigung angestellten Versuchen die Überzeugung gewonnen, daß der Kl. durch eine aus dem Personenzuge herausgeworfene Tüte mit Salz am rechten Auge verletzt worden ist. Daß es dabei prozeßordnungswidrig eine von der eigenen Darstellung des Kl. abweichende Feststellung getroffen und der Verurteilung des Bekl. zugrunde gelegt hätte, kann der Rev. nicht zugegeben werden. Es trifft zwar zu, daß der Kl. seine ursprüngliche Darstellung, daß die Tüte aus dem Zuge herausgeworfen sei, mit der Klagerhebung verlassen und nunmehr geltend gemacht hat, die Tüte sei einem auf der Plattform stehenden Reisenden entglitten. Er hat sich auf diese Behauptung aber nicht in der Weise versteift, daß anzunehmen wäre, er wolle die Feststellung einer anderen Ursache für das Herausfliegen der Tüte aus dem Zuge nicht gelten lassen. Vielmehr hat er sich im Laufe des Rechtsstreits der gerade vom Bekl. vorgebrachten Einwendung, die Tüte könne, wenn der ganze Unfall nicht vorgetäuscht worden sei, nur geworfen sein, insofern angepaßt, als er im Schriftsatz v. 15. Jan. 1937 seine eigene Behauptung dahin wiedergibt: die mit Salz gefüllte Tüte sei aus dem fahrenden Zuge gefallen oder geworfen worden.

In einen wie im anderen Falle ist die Haftung des Bekl. nach dem RHaftpflG. begründet. Das BU. hat zutreffend ausgeführt und wird darin zu Unrecht von der Rev. angegriffen, daß auch die schuldhafte Handlung eines Dritten — eines Reisenden oder eines Bahnbeamten —, die den Unfall mit verursacht haben möchte, die Ursächlichkeit des Bahnbetriebes und die hieraus sich ergebende Haftung des Bekl. nicht ausschließt; und es hat richtig erkannt, daß das Hinauswerfen von Gegenständen aus dem fahrenden Zuge, das häufig vorkommt und sich durch Verbote nicht verhindern läßt, mit dem Betriebsvorgange der Personenbeförderung in unmittelbarem Zusammenhange steht und sich nicht etwa — als von außen kommendes unabwendbares Ereignis — als höhere Gewalt darstellt. Die dadurch für Personen in der Nähe der Bahngleise erwachsende Gefahr wird durch die dem Eisenbahnbetriebe eigentümliche Zuggeschwindigkeit außerdem noch gesteigert (vgl. zur Betriebsgefahr u. a. RGZ. 126, 139 = JW. 1930, 1936).

Die Inanspruchnahme des Bekl. war also berechtigt, wenn die Verletzung des Kl. durch eine aus dem Zuge herausgeworfene Salztüte als erwiesen angesehen werden konnte. In dieser Beziehung bestanden, wie das BG. an einzelnen Vorgängen näher dargelegt hat, erhebliche Bedenken wegen der mangelnden Glaubwürdigkeit des Kl. in der Verfolgung seines Anspruchs gegen den Bekl. Doch setzt sich das BU. damit eingehend auseinander und kommt zu dem rechtlich einwandfreien Ergebnis, daß der Kl. nicht ohne weiteres Glauben beanspruchen könne und daß seine Angaben zum Beweise nicht verwertbar seien. Der Vorwurf der Rev., daß die weiteren Ausführungen des Vorderrichters zu diesem Punkte unklar und widerspruchsvoll seien, trifft nicht zu. Als einzige Begründung hierfür hebt die Rev. hervor, es genüge nicht, das Hauptgewicht darauf zu legen, ob eine Annahme für den tatsächlichen Verlauf möglich sei. Das BG. hat sich aber keineswegs damit begnügt, auf Grund der von ihm angestellten Versuche die Möglichkeit festzustellen, daß der Kl. in der von ihm angegebenen Weise verletzt worden sei, sondern es hat auf Grund dieser festgestellten Möglichkeit weitere Beweise über den Vorgang erhoben und sie dann dahin gewürdigt, daß sich der Vorgang, wie vom Kl. geschildert, abgespielt habe. Diese Würdigung ist nach den Gründen des angefochtenen Urteils erschöpfend und in rechtlicher Beziehung durchaus einwandfrei.

Die Annahme des BG., daß auch die operative Entfernung des Auges auf den Unfall zurückzuführen sei, weil dem behandelnden Arzte keinesfalls ein Kunstfehler dabei zur Last falle, läßt sich rechtlich nicht beanstanden und wird auch von der Rev. nicht besonders bemängelt.

Die Rev. greift schließlich noch die Nichtanrechnung der Versicherungssumme von 18 000 *RM* auf den Schaden des Kl. an. Allein auch hierin kann ihr nicht beigepflichtet werden. Der Senat sieht keinen Anlaß, von seiner ständigen, im BU. richtig wiedergegebenen Rspr. abzugehen, und vermag nicht anzuerkennen, daß sie dem Rechtsempfinden widerspräche. Von einer Bereicherung des Kl. zu sprechen, der nur gegen Zahlung der Versicherungsbeiträge die Versicherungssumme erworben hat, ist nicht angängig.

(RG., VI. ZivSen., U. v. 28. Mai 1938, VI 9/38.)

Binnenschiffahrtsgesetz

40. KG. — §§ 4, 117 Ziff. 7 BinnSchG.; §§ 823, 831 BGB. Haftung des Schiffers für einen Schaden, verursacht durch eine an seinem Landungssteg angebrachte, aber nicht ordnungsmäßig befestigte Anzeigetafel.

Im April 1934 wollte die Kl. mit einem Motorschiff des Bekl., der diese Fahrten gewerbsmäßig betreibt, von Tegel-See nach Tegel-Ort fahren. Als die Kl. die dem Bekl. gehörige Landungsbrücke betrat, stürzte eine dort ohne besondere Befestigung stehende große und schwere Tafel infolge eines Windstoßes um und fiel der Kl. auf den rechten Fuß. Sie erlitt dabei nach ihrer Behauptung schwere Verletzungen.

Der Bekl. hat geltend gemacht: der Anspruch sei nach den Bestimmungen des BinnSchG. verjährt. Er selbst habe, nachdem er schon beim Betreten der Landungsbrücke die Tafel habe unbefestigt stehen sehen, langjährig bei ihm tätigen Angestellten die Anweisung erteilt, die Tafel zu befestigen oder zu entfernen. Selbst habe er sich nicht darum kümmern können, da er die Fahrt habe antreten müssen. Für seine mit der Verrichtung betrauten Angestellten hat der Bekl. den Entlastungsbeweis angetreten. Schließlich bezieht er sich auf die Haftungsbeschränkung des § 4 BinnSchG. Das LG. und das KG. haben den Bekl. zunächst dem Grunde nach zum Ersatz des der Kl. entstandenen Schadens verurteilt. Das KG. hat in seinen Entscheidungsgründen folgendes ausgeführt:

Der Schadensersatzanspruch der Kl. ist sowohl nach den Grundsätzen der Haftung bei Vertragsschluß wie auch nach den Bestimmungen über unerlaubte Handlungen begründet. Den Bekl. trifft, wie das LG. zutreffend ausgeführt hat, ein eigenes Verschulden, das er nach den hier entsprechend anwendbaren Vorschriften des Vertragsrechts (culpa in contrahendo) und nach dem allgemeinen Rechtsgrundsatz zu vertreten hat, daß derjenige, der einen Verkehr auf einem Wege oder einer für die Öffentlichkeit bestimmten Anlage eröffnet, die Verpflichtung übernimmt, für die Sicherheit der Benutzer zu sorgen (§ 823 Abs. 1 BGB.). Die Möglichkeit, sich durch den Nachweis sorgfältiger Auswahl und Beaufsichtigung seiner Leute zu entlasten, hat der Bekl. bei dieser Sachlage nicht.

Er war nach den genannten Bestimmungen verpflichtet, alle Maßnahmen zu treffen, um Leben und Gesundheit der Personen zu schützen, die den von ihm für die Zwecke seines Betriebes angelegten Landungssteg in der Absicht betraten, die Schiffe des Bekl. zu benutzen. Dieser Verpflichtung ist er im vorl. Falle nicht ausreichend nachgekommen.

Unstreitig war die Holztafel, deren Fall die Kl. verletzte, unbefestigt an das Geländer der Landungsbrücke gelehnt. Unstreitig hat ferner der Bekl. schon beim Betreten des Steges diesen Zustand bemerkt, ihn als gefährlich erkannt und darum seinen Leuten Anweisung gegeben, das Schild zu befestigen oder zu entfernen. Diese Maßnahme reichte aber unter den vorliegenden Umständen nicht aus, um die dem Bekl. nach den Erfordernissen des Verkehrs obliegende Sorgfaltspflicht zu erfüllen. Zunächst ist völlig ungeklärt, wie es überhaupt dazu gekommen ist, daß die Holztafel unbefestigt in der den Verkehr gefährdenden Weise aufgestellt

worden ist. Es wäre Sache des Bekl. als des Eigentümers der Landungsbrücke und des Schiffahrtsunternehmers gewesen, diese Frage aufzuklären und das Fehlen eigenen Verschuldens darzulegen. Da er in dieser Richtung nichts vorgetragen hat, ist schon insoweit eine Vermutung für eine vom Bekl. zu vertretende Nachlässigkeit in der Beachtung der verkehrserforderlichen Sorgfalt begründet. Der Bekl. hätte aber weiterhin die von ihm als notwendig erkannte, mühelos und schnell zu bewerkstelligende Entfernung der Tafel selber vornehmen oder zum mindesten die sofortige Erledigung seines Auftrages überwachen müssen. Der Bekl. kann sich nicht darauf berufen, daß sich dann die fahrplanmäßige Abfahrt des von ihm geführten Schiffes über Gebühr verschoben hätte. Das Befestigen oder Entfernen der Tafel hätte nur so geringe Zeit in Anspruch genommen, daß die dadurch herbeigeführte Verzögerung der Abfahrt überhaupt nicht ins Gewicht gefallen wäre.

Die Einrede der Verjährung greift nicht durch. Die kurze Verjährungsfrist des § 117 Ziff. 7 BinnSchG. ist hier nicht anwendbar. Die rechtliche Grundlage des Schadensersatzanspruches bilden nicht die Sondervorschriften des BinnSchG. über die Haftung des Schiffseigners für Verschulden der Schiffsbesatzung, sondern die allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Haftung für eigenes Verschulden. Für sie gelten die Verjährungsvorschriften des BGB.

Die Haftungsbeschränkung des § 4 Abs. 1 BinnSchG. tritt nicht ein. Auch dafür wäre Voraussetzung, daß der Bekl. auf Grund des BinnSchG. für fremdes Verschulden in Anspruch genommen würde (vgl. § 4 Abs. 2 S. 1 BinnSchG.).

(KG., 2. ZivSen., Urt. v. 26. April 1938, 2 U 6657/37.)

Grundbuchrecht

41. KG. — § 35 Abs. 1 S. 1 GBO.; §§ 2353, 2365, 2369 BGB. Ein von einem polnischen Burggericht in den an Polen abgetretenen Gebieten ausgestellter Erbschein genügt nicht zum Nachweis der Erbfolge gemäß § 35 Abs. 1 S. 1 GBO., obwohl er im Einklang mit den dort in Geltung gebliebenen Vorschriften des BGB. erteilt ist.

Eingetragener Eigentümer des Grundstücks Stadt Charlottenburg Bl. 4330 ist der am 15. Mai 1937 in Kattowitz (Polen), seinem letzten Wohnsitz, verstorbene Bergwerksdirektor Waldemar M. In notariell beglaubigter Urkunde beantragte seine Ehefrau, das Grundstück auf sie als Vorerbin und ihre minderjährige Tochter als Nacherbin umzuschreiben. Zum Nachweis der Erbfolge überreichte sie notariell beglaubigte Abschrift der Übersetzung eines vom polnischen Burggericht Kattowitz auf Grund des Privattestaments vom 5. Dez. 1932 ausgestellten entsprechenden Erbscheins. Das GBA. beanstandete den Antrag durch Zwischenverfügung dahin, daß die Erbfolge gemäß § 35 Abs. 1 S. 1 GBO. durch Vorlage eines von einem deutschen Gericht erteilten Erbscheins nachgewiesen werden müsse. Eine Beschw. der Antragstellerin wurde vom LG. zurückgewiesen. Ihre weitere Beschw. hat keinen Erfolg.

Der Standpunkt der Vorinst. entspricht der ständigen, im Schrifttum durchweg gebilligten Rspr. des Senats (OLG. 3, 112; KGJ. 36, A 162; 1 X 158/22, 1 X 24/31, 1 X 605/31, 1 Wx 478/37; ebenso OLG. Dresden: ZBlFG. 1911, 43; LG. Weiden: BayNotZ. 1926, 54; Güthe-Triebel, 6. Aufl., § 35 Anm. 10; Henke-Mönch, § 35 Anm. 2C; Hesse-Saage, § 35 Anm. 1c; Krech-Seibert, § 35 Anm. 1; wegen des Testamentsvollstreckerzeugnisses vgl. OLG. Hamburg: KGJ. 30, A 307 = OLG. 11, 272 = RJA. 6, 160). An ihr ist auch für den vorl. Fall festzuhalten.

Unter einem Erbschein i. S. des § 35 Abs. 1 S. 1 GBO. (§ 36 GBO. a. F.) ist nur ein auf Grund der §§ 2353, 2369 (vgl. ferner § 15 EhRV v. 21. Dez. 1936) von einem deutschen Nachlaßgericht ausgestelltes Zeugnis, nicht aber ein ähnliches oder ein entsprechendes Zeugnis einer ausländischen Behörde zu verstehen. Eine Ausnahme gilt nur insoweit, als in den zwischen dem Deutschen Reich und ausländischen Staaten abgeschlossenen Staatsverträgen die ausländischen Zeugnisse über erbrechtliche Verhältnisse den von einem deutschen Nachlaßgericht ausgestellten Zeugnissen gleichgestellt sind.

Daß der § 35 GBO. den Ausdruck „Erbschein" nicht in einem anderen Sinne gebraucht, als das BGB., ergibt sich schon aus der Entstehungsgeschichte (Denkschrift zur GBO.", Bd. 5, S. 162 der gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen). Diese Regelung hat auch ihren guten Sinn. Der § 35 GBO. hat den Zweck, das GBA. einer nicht selten zeitraubenden und schwierigen Prüfung der erbrechtlichen Verhältnisse nach Möglichkeit zu überheben (Güthe-Triebel, § 35 Anmm. 2; Henke-Mönch, § 35 Anm. 1). Dieser Zweck läßt sich auch dann erreichen, wenn der (nach dem 1. Jan. 1900) verstorbene Erblasser ein Ausländer ist. Ist für seine Beerbung deutsches Recht ganz oder teilweise maßgebend, so kann von dem deutschen Nachlaßgericht ein allgemeiner Erbschein in unmittelbarer oder in entsprechender Anwendung des § 2353 BGB. erteilt werden; richtet sie sich nach ausländischem Recht, so kann von dem deutschen Nachlaßgericht ein gegenständlich beschränkter Erbschein gemäß § 2369 BGB. erteilt werden (KG.: JFG. 15, 78 = JW. 1937, 1728[25]; JFG. 16, 23 = JW. 1937, 2527[23]). Das GBA. ist daher in solchen Fällen gar nicht vor die Notwendigkeit gestellt — vorbehaltlich einer staatsvertraglichen Regelung — auf ein von einer Auslandsbehörde ausgestelltes Zeugnis über die Erbfolge zurückzugreifen und dessen Gültigkeit und Legitimationswirkung einer Nachprüfung zu unterziehen. Der § 35 Abs. 1 S. 1 GBO. steht ferner im inneren Zusammenhang mit der sachlich-rechtlichen Vorschrift des § 2365 BGB., wonach der von einem deutschen Nachlaßgericht erteilte allgemeine oder gegenständlich beschränkte Erbschein die auch von dem GBA. zu beachtende Vermutung der Richtigkeit für sich hat. Gerade wegen dieser gesetzlichen Legitimationswirkung ist ein solcher Erbschein zur Verwendung im Grundbuchverkehr vorgesehen. Eine den ausländischen Erbfolgezeugnissen für den Grundbuchverkehr die gleiche Vermutung beilegende deutsche Vorschrift besteht (von einzelnen Staatsverträgen abgesehen) nicht (1 Wx 478/37). Deshalb ist es auch ohne Belang, ob die ausländische Behörde das Zeugnis nach deutschem Recht erteilt, weil es den Nachlaß auf Grund einer Verweisung seines internationalen Privatrechts deutschem Recht unterstellt, oder ob es der Erteilung das eigene Recht zugrunde legt, mag dieses von dem deutschen Recht abweichende Bestimmungen enthalten oder mit ihm übereinstimmen, weil es dem deutschen Recht nachgebildet oder infolge einer Gebietsabtretung übernommen ist. Denn der ausländische Staat ist grundsätzlich nicht in der Lage, den von seinen Behörden ausgestellten erbrechtlichen Legitimationsurkunden über seine Gebietsgrenzen hinaus im Inland für den Grundbuchverkehr Geltung zu verschaffen. Entscheidend ist also nicht, welches Recht bei der Erteilung des Zeugnisses angewendet ist, sondern ob die Erteilung von einem inländischen Gericht oder von einer ausländischen Behörde erfolgt ist. Der Senat hat daher bereits in dem oben angezogenen Beschluß 1 X 158/22, der einen dem vorliegenden ähnlichen Fall betraf, die Auffassung vertreten, daß ein von einem französischen Gericht im Gebiete des früheren Reichslandes Elsaß-Lothringen im Einklang mit den dort in Geltung gebliebenen Vorschriften des BGB. ausgestellter Erbschein zum Nachweis der Erbfolge gegenüber dem GBA. nicht ausreicht. Auch die Vorschrift des § 35 Abs. 1 S. 2 GBO. vermag zu einer anderen Beurteilung nicht zu führen. Danach erübrigt sich die Vorlage eines Erbscheins in der Regel dann, wenn die Erbfolge auf einer in einer öffentlichen Urkunde enthaltenen Verfügung von Todes wegen beruht. Auf Grund dieser Vorschrift ist allerdings das GBA. verpflichtet, auch eine ausländische in einer öffentlichen Urkunde niedergelegte Verfügung von Todes wegen zu prüfen und sie insbes. hinsichtlich der Erbfolge unter Berücksichtigung des ausländischen Rechts auszulegen. Aber abgesehen davon, daß der Satz 2 des Abs. 1 des § 35 gegenüber seinem Satz 1 eine Ausnahme darstellt, macht es einen wesentlichen Unterschied aus, ob das GBA. eine Verfügung selbst auszulegen in der Lage ist oder ob es eine von einer ausländischen Behörde vorgenommene Auslegung einer solchen Verfügung grundsätzlich hinzunehmen hat und daran gebunden ist, sie also anzuerkennen hat. Zu einer solchen Anerkennung ist jedoch der deutsche Richter nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechts nur verpflichtet, soweit dies besonders bestimmt ist, also nur in Ausnahmefällen.

Der hier von dem polnischen Burggericht Kattowitz ausgestellte Erbschein über die auf einem privatschriftlichen Testament beruhende Erbfolge macht die Vorlage eines von einem deutschen Nachlaßgericht auszustellenden Erbscheins nicht entbehrlich. In Kattowitz, dem letzten Wohnsitz des Erblassers, ist zwar das Erbrecht des BGB. in Geltung geblieben und ist auf Grund dieses Rechts der Erbschein erteilt worden (Art. 27 Ziff. 7, 87 ff. des Friedensvertrages v. 28. Juni 1919 nebst Ges. v. 16. Juli 1919 [RGBl. 687]; Beschl. der Botschafterkonferenz v. 20. Okt. 1921 in den Drucksachen des Reichstages 1. Wahlperiode Nr. 2841; die Poln. Ges. v. 1. Aug. 1919 und 15. Juli 1920 und dazu Friese: JW. 1926, 439, 446 und Schlegelberger, „Rechtsvergleichendes Handwörterbuch", Bd. 1, Länderberichte, Stichwort Polen; das unten erwähnte Genfer Abkommen von 1922; Art. 28 bzw. Art. 1—3, 27 der beiden polnischen Gesetze über das für internationale Privatverhältnisse und für die inneren Verhältnisse geltende Recht v. 2. Aug. 1926, abgedr. in der Zeitschr. für Ostrecht 1926, 1086, 1096 und „Intern. Privatrecht", T. I, Quellen, S. 149, 157). Trotzdem ist eine Verwertung dieses Erbscheins durch das GBA. aus den oben angeführten Gründen nicht möglich.

Staatsverträge, in denen die gegenseitige Anerkennung von Zeugnissen über erbrechtliche Verhältnisse, insbes. von Erbscheinen und Testamentsvollstreckerzeugnissen geregelt ist, hat das Deutsche Reich bisher nur mit Estland (Art. XVIII § 17 des Konsularvertrages v. 13. März 1925 nebst Ges. v. 28. Mai 1926 [RGBl. II, 327]), Rußland (§ 15 des Nachlaßabkommens zum Art. 22 des Konsularvertrages v. 12. Okt. 1925 nebst Ges. v. 6. Jan. 1926 [RGBl. II, 1]), Österreich (§ 18 des Nachlaßabkommens v. 5. Febr. 1927 nebst Ges. v. 16. Juli 1927 [RGBl. II, 505] und AV. v. 16. Sept. 1931 [JMBl. 1931, 301]; über die Fortgeltung des Abkommens vgl. Beitzke: AkadZ. 1938, 368) und der Türkei (§ 17 des Nachlaßabkommens zum Art. 20 des Konsularvertrages v. 28. Mai 1929 nebst Ges. v. 3. Mai 1930 [RGBl. II, 747]) abgeschlossen. Ein entsprechender Konsularvertrag oder ein entsprechendes Nachlaßabkommen mit Polen fehlt. Die sonst mit Polen abgeschlossenen Verträge, insbes. die Abkommen über die Überleitung der Rechtspflege v. 20. Sept. 1920 (Bek. v. 8. Dez. 1920 [RGBl. 2043]) und v. 12. April 1922 (Ges. v. 11. Juni 1922 [RGBl. II, 550]), das Genfer Abkommen über Oberschlesien v. 15. Mai 1922 (Ges. vom 11. Juni 1922 [RGBl. II, 237]) und der Vertrag über den Rechtsverkehr v. 5. März 1924 (Ges. v. 19. März 1925 [RGBl. II, 139]) nebst den ergänzenden Vorschriften enthalten keine hier einschlägigen Bestimmungen.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 16. Juni 1938, 1 Wx 236/38.) [H.]

*

42. KG. — § 38 GBO.; 2. OsthilfeDurchfVO. v. 6. Febr. 1932 (RGBl. I, 252). Das GBA. darf die Ausführung eines Ersuchens des Osthilfekommissars auch dann nicht von der Vorlegung der Hypothekenbriefe abhängig machen, wenn ihm bekannt ist, daß die Briefe in dem Entschuldungsverfahren nicht vorgelegt worden sind.

Im Grundbuch sind in Abt. III unter Nr. 25 eine Briefhypothek von 3000 Gramm Feingold für den (inzwischen verstorbenen) Rittergutsbesitzer Paul S. und unter Nr. 30 eine Briefhypothek von 33 500 GM. für Frau Anna H. eingetragen. Unter dem 4. Dez. 1936 ersuchte der Kommissar für die Osthilfe, Landstelle B., die Ergebnisse des Entschuldungsverfahrens in das Grundbuch einzutragen; u. a. ersuchte er, die Hypothek Nr. 25 in voller Höhe und von der Hypothek Nr. 30 einen Teilbetrag von 21 250 GM. zu löschen und bei den verbleibenden 12 250 GM. Rang- und Inhaltsänderungen einzutragen. Das GBA. versuchte zunächst, die Briefe Nr. 25 und 30 herbeizuziehen. Als ihm nicht gelang, zu ermitteln, wo sich die Briefe befinden, beanstandete es das Ersuchen gemäß § 18 GBO. und verlangte von der Landstelle die Vorlegung der Briefe. Es führte aus: Aus dem Umstande, daß die Briefe nicht auffindbar und insbes. niemals im Besitze der Landstelle gewesen seien, gehe hervor, daß die Landstelle die Verfügungsbefugnis der Betroffenen nicht geprüft habe; es bestehe die Möglichkeit, daß die eingetragenen Gläubiger die Hypothek vor der Eröffnung des Entschuldungsverfahrens abgetreten hätten, und daß die von der Landstelle in dem Entschuldungsverfahren als Berechtigte angesehenen Personen in Wahrheit nicht verfügungsberechtigt seien. Die Beschw. der Landstelle blieb ohne Erfolg. Ihre weitere Beschw. ist begründet.

Das LG. führt aus, das GBA. hätte dem Ersuchen gemäß Art. 3 Abs. 2 der 2. OsthilfeDurchfVO. v. 6. Febr. 1932 stattgeben können, ohne daß die Hypothekenbriefe vorgelegt wurden. Nachdem ihm aber bekanntgeworden sei, daß die Briefe nicht aufzufinden seien, habe es mit Recht die Eintragung von der Vorlegung der Briefe abhängig gemacht.

Diese Ausführungen sind nicht frei von Rechtsirrtum.

Die Landstelle ist befugt, um die Eintragung der Ergebnisse des Entschuldungsverfahrens in das Grundbuch zu ersuchen. Ein Ersuchen ersetzt regelmäßig die Eintragungsbewilligung des Betroffenen, in einem Falle der vorl. Art, entgegen der sonstigen Regelung (vgl. § 41 GBO.), auch die Vorlegung der Hypothekenbriefe (§ 3 Abs. 1 der 2. OsthilfeDurchfVO.). Ferner ist die vorherige Eintragung des Betroffenen entgegen der Regel des § 39 GBO. hier nicht notwendig (4. OsthilfeDurchfVO. v. 23. Nov. 1932 [RGBl. I, 356]). Das GBA. hat entgegen den genannten Vorschriften die Briefe im Wege der Zwischenverfügung von der ersuchenden Behörde erfordert, um die Verfügungsbefugnis der betroffenen Gläubiger der Hypotheken Nr. 25 und 30 nachzuprüfen. Das GBA. hat aber die Nachprüfung eines Ersuchens darauf zu beschränken, ob die ersuchende Behörde im Rahmen ihrer Zuständigkeit gehandelt hat, ob das Ersuchen der Form des § 29 Abs. 3 GBO. genügt und ob der Inhalt des Ersuchens den allgemeinen Vorschriften über Eintragungen entspricht, insbes. ob die begehrte Eintragung ihrem Inhalte nach zulässig ist. Dagegen hat es die materiellen Grundlagen des Ersuchens auf ihre Richtigkeit nicht nachzuprüfen (JFG. 14, 178; Güthe-Triebel, Anm. 51; Hesse-Sage, Anm. I, 2; Henke-Mönch, Anm. 6, sämtlich zu § 38 GBO.).

Das Eintragungsersuchen der Landstelle ersetzt die Eintragungsbewilligung der am Verfahren beteiligt gewesenen Berechtigten (JFG. 14, 188 = JW. 1936, 3487[75]). Ob die in dem Verfahren aufgetretenen Personen wirklich berechtigt waren, über die von ihnen in Anspruch genommenen Rechte oder angemeldeten Forderungen zu verfügen, hat nur die Landstelle zu prüfen. Dem dienen die Vorschriften über den Schuldenruf, über die Berücksichtigung aller im Laufe des Verfahrens bekanntgewordenen Ansprüche, über die Vorlegung von Schuldurkunden, Hypothekenbriefen u. dgl., über die Verpflichtung zur Vornahme von Amtsermittlungen und über die Berichtigung des Entschuldungsplanes durch Aufführung eines anderen Gläubigers (vgl. § 9 SicherungsVO. v. 17. Nov. 1931 [RGBl. I, 675]; 4. OsthilfeDurchfVO. vom 23. Nov. 1932 [RGBl. I, 536] § 2; 6. OsthilfeDurchfVO. vom 7. Juli 1933 [RGBl. I, 464] § 1). Diese Vorschriften sollen Gewähr dafür bieten, daß sich alle Gläubiger, d. h. alle wirklich Berechtigten an dem Verfahren beteiligen. Die Landstelle soll sich zwar durch Vorlegung der Schuldurkunden und damit auch der Hypothekenbriefe die Verfügungsbefugnis der als berechtigt auftretenden Gläubiger nachweisen lassen. Wenn es aber aus anderen Tatsachen glaubt, die Verfügungsbefugnis hinreichend feststellen zu können, so ist das GBA. an diese Auffassung gebunden. Es darf nicht nachprüfen, ob und in welcher Weise die Landstelle die ihr obliegenden Aufgaben erfüllt. Das GBA. hat deshalb davon auszugehen, daß der Eigentümer über das Recht Nr. 25 als Eigentümergrundschuld und daß Frau H. über die Hypothek Nr. 30 verfügen darf, und daß deren Eintragungsbewilligungen durch das Ersuchen ersetzt werden.

Die Vorinst. gehen nun anscheinend von der Auffassung aus, daß die vorstehend entwickelten Rechtsgrundsätze dann nicht gelten, wenn dem GBA. bekannt ist, daß das Ersuchen zu einer unrichtigen Eintragung führen muß (vgl. hierzu einerseits Güthe-Triebel, § 38 Anm. 51, andererseits Henke-Mönch, § 38 Anm. 6). Ob diese Ansicht richtig ist, braucht hier nicht erörtert zu werden; denn die Vorinst. rechnen selbst nur mit der Möglichkeit, daß die Rechte Nr. 25 und 30 anderen Personen zustehen. Die bloße Möglichkeit, daß das Ersuchen inhaltlich unrichtig ist, genügt aber in keinem Falle zur Beanstandung oder zur Zurückweisung des Ersuchens.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 30. Juni 1938, 1 Wx 297/38.) [H.]

*

43. KG. — 1. §§ 3 f. der 2. DurchfVO. zum Ges. über die Landbeschaffung für Zwecke der Wehrmacht v. 13. Febr. 1937 (RGBl. I, 253) sind nur auf eine solche Veräußerung und Enteignung anwendbar, durch die die Eigenschaft des Betriebes als eines unter § 1 SchuldReglG. fallenden aufgehoben wird.

2. Die Veräußerung von Grundbesitz kann eine im Zusammenhang mit der landwirtschaftlichen Schuldenregelung eintretende Rechtsänderung i. S. des Art. 6 Abs. 2 der 9. DurchfVO. zum SchuldReglG. sein.

3. Das GBA. darf die materiellen Voraussetzungen eines Eintragungsersuchens des EntschuldA. nicht nachprüfen.

Über den landwirtschaftlichen Betrieb des Bauern R. in N. wurde am 5. Febr. 1934 das Entschuldungsverfahren eröffnet. Am 23. Nov. 1937 nahm der Leiter des das Verfahren bearbeitenden EntschuldA. beim AG. M. im AG. N. eine Urkunde auf, die am Kopfe links oben die Worte „Das Entschuldungsamt" und am Anfang des Textes der Urkunde die Worte „Amtsgericht N. Verhandelt zu N." aufweist. In dieser Urkunde verkaufte der Eigentümer des Entschuldungsbetriebes an das Deutsche Reich zur Abwendung der Enteignung für Zwecke der Wehrmacht eine Parzelle seines Betriebes; er ließ diese Fläche in derselben Urkunde an den Käufer auf; zugleich bewilligten und beantragten die Beteiligten die Umschreibung des Eigentums im Grundbuche auf den Namen des Käufers. Durch Beschl. v. 13. Jan. 1938 ordnete das EntschuldA. die lasten- und pfandfreie Abschreibung der verkauften Parzelle an. Am 28. Febr. 1938 ersuchte das EntschuldA. das GBA., unter Bezugnahme auf die bereits zu den Grundakten eingereichte Ausfertigung des Vertrages vom 23. Nov. 1937, die hierin beantragte Eintragung vorzunehmen. Das GBA. wies durch Beschl. v. 14. März 1938 den Antrag des Deutschen Reiches auf Umschreibung des Eigentums mit der Begründung zurück, es liege kein wirksamer Antrag vor, da die Erklärungen in der Urkunde vom 23. Nov. 1937 unwirksam seien infolge der Beurkundung durch das EntschuldA. M. „als Amtsgericht N.", also durch einen bei diesem AG. nicht beschäftigten Richter. Mit der gleichen Begründung wies das GBA. am 20. April 1938 das Ersuchen des EntschuldA. um Eintragung zurück. Gegen diesen letzten Beschluß erhob das EntschuldA. Beschw., die vom LG. in Halle a. S. zu-

rückgewiesen wurde. Hiergegen richtet sich die weitere Beschw. des EntschuldA., die begründet ist.

1. Das LG. verneint zu Unrecht das Beschwerderecht des EntschuldA. gegenüber dem Beschlusse des GBA. Im Falle der Zurückweisung eines Eintragungsantrages deckt sich das Beschwerderecht mit dem Antragsrechte (KGJ. 45, 205; Henke-Mönch, „GBO." 1936, Anm. 10 A und B zu § 71). Dem Antragsrecht steht in dieser Hinsicht die Ersuchungsberechtigung einer Behörde gleich. Das LG. verneint die Befugnis des EntschuldA., einen Antrag (Ersuchen) an das GBA. zu richten, für den vorl. Fall mit der Begründung, § 10 der 2. VO. zur Durchführung und Ergänzung des Ges. über die Landbeschaffung für Zwecke der Wehrmacht v. 13. Febr. 1937 (RGBl. I, 253) bestimme, daß die zur Durchführung des Entschuldungsplanes oder Vergleichsvorschlages und in Ausführung der §§ 6 und 9 erforderlichen Eintragungen auf Ersuchen der Reichsstelle für Landbeschaffung vorzunehmen seien. Diese Bestimmung sei gegenüber Art. 6 der 9. DurchfVO. zum SchuldReglG., der dem EntschuldA. eine gewisse Ermächtigung für Grundbuchersuchen gebe, eine Sondervorschrift. Es sei hier also nur die Reichsstelle für Landbeschaffung für das Ersuchen zuständig.

Diese Begründung des LG. hat seinen wesentlichen Gesichtspunkt übersehen. Es kann dahingestellt bleiben, ob in den von der VO. v. 13. Febr. 1937 erfaßten Fällen neben der gesetzlichen Ermächtigung der Reichsstelle für Landbeschaffung keine Ermächtigung des EntschuldA. für ein Grundbuchersuchen besteht. Jedenfalls rügt die weitere Beschw. mit Recht, daß die §§ 3 ff., also auch § 10 VO. v. 13. Febr. 1937 nur die Fälle behandeln, in denen ein Entschuldungsbetrieb im ganzen veräußert oder enteignet wird. Dies ergibt sich daraus, daß die unter der Überschrift „Durchführung von Schuldenregelungsverfahren" zusammengefaßten Bestimmungen sinngemäß auf § 3, die maßgebende Vorschrift dieses Abschnittes, Bezug nehmen, der nur den Fall behandelt, daß ein Betrieb, dessen Inhaber sich im Schuldenregelungsverfahren befindet, im Rahmen des Gesetzes über die Landbeschaffung für Zwecke der Wehrmacht veräußert oder enteignet wird; auch § 6 spricht nur von der Veräußerung „des" Betriebs. Eine Teilveräußerung kann, wie der Leiter des EntschuldA. zutreffend ausführt, nur dann unter den Begriff der Veräußerung „des Betriebes" i. S. der VO. v. 13. Febr. 1937 fallen, wenn durch den Fortfall des veräußerten Stückes nach Größe oder wirtschaftlicher Bedeutung der Betrieb nicht mehr als landwirtschaftlicher, forstwirtschaftlicher oder gärtnerischer i. S. von § 1 SchuldReglG. angesehen werden kann. Da das LG. diesen Gesichtspunkt nicht berücksichtigt hat, so war die Entsch. wegen dieses Rechtsverstoßes aufzuheben und der Senat war in der Lage, die Sach- und Rechtslage ohne Bindung an die tatsächlichen Feststellungen des LG. von sich aus zu beurteilen.

(Es wird dargelegt, daß durch die beabsichtigte Veräußerung die Eigenschaft des Restbetriebes als eines unter § 1 SchuldReglG. fallenden unberührt gelassen wird.)

2. Nach Art. 6 Abs. 2 der 9. DurchfVO. zum SchuldReglG. kann das EntschuldA. das GBA. um die Eintragung von Berichtigungen oder von Rechtsänderungen ersuchen, die im Zusammenhang mit der landwirtschaftlichen Schuldenregelung stehen, wenn dem EntschuldA. die Voraussetzungen der Eintragung in grundbuchmäßiger Form nachgewiesen werden. Es besteht kein Bedenken, die Veräußerung des Grundbesitzes hier als eine „im Zusammenhang mit der landwirtschaftlichen Schuldenregelung" eintretende Rechtsänderung aufzufassen. Der bestätigte Zwangsvergleich vom 23. Sept. 1937 enthält die Auflage an den Betriebsinhaber, von seinem im „Hungerwinkel" und in der „Freischützwanne" gelegenen Acker mindestens 10 Morgen zu verkaufen; der Erlös sollte, soweit er nicht als Kapitalrückzahlung zur Erhaltung der Leistungsfähigkeit des Betriebes benötigt wird, für die gekürzten Gläubiger anteilsmäßig nach der Höhe ihrer Forderungen durch die Entschuldungsstelle nach Maßgabe einer Anordnung des EntschuldA. verteilt werden. In teilweiser Ausführung der Auflage ist, wie das EntschuldA. dargelegt hat, der Vertrag vom 23. Nov. 1937 abgeschlossen worden. Durch Beschluß vom 13. Jan. 1938 ist über den durch den Verkauf erzielten Erlös zum größten Teil verfügt worden. Bei dieser Sachlage kann unbedenklich angenommen werden, daß es sich bei dem Veräußerungsgeschäft um ein solches handelt, welches mit der landwirtschaftlichen Schuldenregelung „im Zusammenhang" steht. Daß die „Rechtsänderung" erst mit der Eintragung im Grundbuch vollzogen ist, steht der Anwendung des Art. 6 Abs. 2 der 9. DurchfVO. nicht entgegen.

Das EntschuldA. war mithin nach Art. 6 der 9. DurchfVO. befugt, das GBA. um die Eintragung zu ersuchen. Hiermit ist das Beschwerderecht des EntschuldA. gegen die Ablehnung des Ersuchens durch das GBA. zu bejahen.

3. Auch in der Sache selbst ist die Beschw. begründet. Die Prüfung, ob die grundbuchlichen Voraussetzungen für die Eintragungen vorliegen, liegt allein dem EntschuldA. ob. Das GBA. ist nur berechtigt und verpflichtet, zu prüfen, ob das EntschuldA. im allgemeinen befugt ist, um die Eintragung zu ersuchen; ob das Ersuchen in gehöriger Form ergangen ist, und ob die Eintragung als solche gesetzlich zulässig ist. Der Grundbuchrichter darf die Grundlage des Ersuchens nicht nachprüfen (Pfundtner-Neubert, „Das neue Deutsche Reichsrecht", III b, 3; Harmening-Pätzold, „Die landwirtschaftliche Schuldenregelung", 2. Aufl., zu § 52 Anm. 4; Mattern, „Die landwirtschaftliche Schuldenregelung", 1936, zu § 52). Da die Befugnis zum Ersuchen nach dem oben Dargelegten zu bejahen ist, und da auch die Form des Ersuchens (§ 29 GBO.) und die Zulässigkeit der beantragten Eintragung keinen Bedenken unterliegen, so ist die Zurückweisung durch das GBA., die es mit der Unwirksamkeit des zugrunde liegenden Geschäftes begründet, zu Unrecht erfolgt.

(Es wird ausgeführt, daß die vom EntschuldA. vorgenommene Beurkundung rechtsgültig ist.)

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 23. Juni 1938, 1 Wx 254/38.)

Erbhofrecht

44. KG. — § 53 Abs. 2 REG; §§ 1 Abs. 1 Ziff. 2, 32 Abs. 1 Ziff. 4 EHRV; § 50 Abs. 3 EHVfO; § 4 GBO. Ist einem Bauern ein belastetes Grundstück aufgelassen worden, so darf es ohne Genehmigung des Anerbengerichts unmittelbar auf das Grundbuchblatt des Erbhofes übertragen werden, wenn zu erwarten ist, daß es mit der Eigentumsumschreibung in den Verband des Erbhofes eintritt. Dazu gehört, daß es regelmäßig von derselben Hofstelle aus bewirtschaftet wird und daß durch sein Hinzukommen die Belastung des vergrößerten Erbhofes nicht über 70 % des steuerlichen Einheitswertes gesteigert wird.

Der Bauer F. hat durch einen notariell beurkundeten Vertrag vom 8. Juni 1936 mehrere Teilstücke des vorbezeichneten Grundstückes in einer Größe von etwa 10 Morgen mit einer Belastung von 1750 *RM* zum Preise von insgesamt 2600 *RM* gekauft und am 22. Juni 1937 die Auflassung erhalten. Er beantragte demgemäß bei dem GBA., das Eigentum auf ihn umzuschreiben und hierbei die Grundstücke auf das Grundbuchblatt seines Erbhofes derart zu übertragen, daß sie dort eine besondere Nummer im Bestandsverzeichnis erhielten. Das GBA. beanstandete den Eintragungsantrag dahin, daß mit Rücksicht auf die bestehenbleibende Belastung der zu erwerbenden Parzellen die Genehmigung des AEG zu der eintretenden Neubelastung des Erbhofes beizubringen sei. Eine hiergegen eingelegte Beschw. des Antragstellers wurde vom LG. mit der Begründung zurückgewiesen, daß die begehrte Zusammenschreibung der Grundstücke auf einem gemeinschaftlichen Grundbuchblatte nach § 50 Abs. 5 EHVfO auf jeden Fall unzulässig sei, ohne daß eine Genehmigung des AEG hieran etwas ändern könnte. Die weitere Beschw. hatte schon aus einem verfahrensrechtlichen Grunde Erfolg; in der Sache führte das KG. aus:

Die von dem BeschwF. betriebene Eintragung der zu erwerbenden Grundstücke auf das Grundbuchblatt des ihm schon gehörigen Grundbesitzes ist nach dem allgemeinen Grundbuchrecht zulässig, solange davon keine Verwirrung zu besorgen ist, und zwar bei Grundstücken, die zu einem Erbhof gehören auch dann, wenn die Grundbücher von verschiedenen GBA. geführt werden (§ 4 Abs. 1 Ziff. 2 GBO.). § 53 Abs. 2 Satz 1 REG schreibt sogar vor, daß die zu einem Erbhof gehörenden Grundstücke auf einem besonderen Blatte eingetragen werden. Andererseits dürfen demgemäß nach § 50 Abs. 5 EHVfO nicht zum Erbhof gehörende Grundstücke nicht auf dem Grundbuchblatte des Erbhofes eingetragen werden. Der Umstand aber, daß die hier den Gegenstand des Eintragungsantrages bildenden Grundstücke bis zur Umschreibung des Eigentums auf den BeschwF. noch nicht zu dessen Erbhof gehören können, schließt ihre Übertragung auf das Grundbuchblatt des Erbhofes nicht aus. Es muß vielmehr genügen, daß sie zugleich mit der Eigentumsumschreibung in den Verband des Erbhofes eintreten. Auch dann wird der Zweck der Vorschrift, daß auf einem Grundbuchblatte sämtliche Grundstücke des Erbhofes, aber auch nur solche, geführt werden, ungeschmälert erreicht. Die hier begehrte Übertragung der von dem BeschwF. zu erwerbenden Grundstücke auf das Grundbuchblatt des Erbhofes wäre also aus besonderen Gründen des Erbhofrechtes nur dann unzulässig, wenn die Grundstücke nicht wenigstens zugleich mit der Eigentumsumschreibung zu dem Erbhofe kämen. Nun erlangen Grundstücke, die der Bauer nachträglich erwirbt, die Erbhofzugehörigkeit dann, wenn auch der um ihren Bestand vergrößerte Erbhof noch allen gesetzlichen Anforderungen an einen solchen entspricht (vgl. LEHG Celle in EHRsprDV. II § 5 S. 15). Dazu gehört nach § 7 Abs. 1 REG unter anderem, daß sie gemeinschaftlich mit dem bisherigen

Bestande des Erbhofes regelmäßig von derselben Hofstelle aus bewirtschaftet werden. Ein weiteres Hindernis für ihren Eintritt in den Verband des Erbhofes kann sich im Hinblick auf die von dem BeschwF. zu übernehmende bisherige Belastung der gekauften Teilgrundstücke aus § 1 EHRV ergeben. Danach erlangt eine Besitzung nach dem Inkrafttreten der Verordnung Erbhofeigenschaft u. a. nur dann, wenn die Gesamtheit der Schulden des Eigentümers den Betrag von 70% des zuletzt festgestellten steuerlichen Einheitswertes der Besitzung nicht übersteigt. Diese Vorschrift trifft zwar einen Fall der vorl. Art nicht unmittelbar. Wenn die Verordnung aber sogar schon verhindern will, daß ein bisher erbhoffreier Grundbesitz zum Erbhof wird, weil er überbelastet ist, so darf es um so weniger möglich sein, daß ein schon bestehender Erbhof durch das Hinzukommen von Grundstücken, deren Belastung mehr als 70% ihres Wertes ausmacht, in seiner Gesamtheit selbst über die Grenze des § 1 Abs. 1 Ziff. 2 EHRV hinaus belastet wird. Das gilt auch dann, wenn die Lasten der hinzukommenden Grundstücke sich, wie hier, auf den bisherigen Bestand des Erbhofes nicht erstrecken. Denn für die Anwendung des § 1 Abs. 1 Ziff. 2 EHRV kommt es nur auf die Belastung des Erbhofes im ganzen an, d. h. auf das Verhältnis der zusammenzurechnenden Gesamtbelastungen und der Sonderbelastungen der einzelnen Teile zu dem Gesamtwerte der sämtlichen Grundstücke.

Dagegen bedarf es, wenn die vorerörterten Voraussetzungen gegeben sind, nicht auch der von dem Rechtspfleger des GBA. für erforderlich erachteten Genehmigung des AEG. Man könnte zwar die Auffassung vertreten, daß der Erbhof in seinem um die hinzuerworbenen Grundstücke vergrößerten Bestande, verglichen mit dem bisherigen Bestande, durch die auf jenen Grundstücken haften bleibenden Lasten eine erweiterte Belastung erfahre. Aber selbst bei dieser Betrachtungsweise müßte die Genehmigungsfreiheit des Vorganges in entsprechender Anwendung des § 32 Abs. 1 Ziff. 4 EHRV. anerkannt werden, wonach es zur Belastung eines Erbhofes keiner Genehmigung bedarf, wenn die Besitzung erst durch ein Veräußerungsgeschäft die Erbhofeigenschaft erlangt und die Belastung im Zusammenhange mit dem Veräußerungsgeschäft steht. Denn auch in einem Falle der vorl. Art erlangt der vergrößerte Grundbesitz, für den allein eine „Neubelastung" in Frage kommt, die Erbhofeigenschaft erst durch denselben Vorgang, der zugleich auch die „Neubelastung" bewirkt. Es liegt daher zum mindesten i. S. des § 32 Abs. 1 Ziff. 4 EHRV, eine solche „Neubelastung" genehmigungsfrei zu lassen.

Das GBA. darf hiernach die Übertragung der den Gegenstand des Eigentumsumschreibungsantrages bildenden Grundstücke auf das Grundbuchblatt des Erbhofes nicht von der Genehmigung des AEG abhängig machen. Es muß sie andererseits im Falle des § 50 Abs. 5 EHVfO ablehnen. Ob aber das durch die letztere Vorschrift begründete Hindernis besteht, weil die Voraussetzungen für den Eintritt der umzuschreibenden Grundstücke in den Hofesverband nicht gegeben sind, unterliegt der Amtsprüfung des GBA., so daß nicht etwa der BeschwF. jene Voraussetzungen in der Form des § 29 GBO. nachweisen muß. Das ergibt sich aus § 4 GBO., insofern dort ein Antrag des Eigentümers zur Anlegung des gemeinschaftlichen Grundbuchblattes nicht gefordert, die Anlegung vielmehr allein dem pflichtmäßigen Ermessen des GBA. überlassen wird (Güthe-Triebel, „GBO.", § 4 Anm. 8 Abs. 3). Dieses wird demgemäß hier unter Beachtung des § 12 FGG. zu prüfen haben, ob die erforderliche Art der Bewirtschaftung der neu zu erwerbenden Grundstücke hinreichend glaubhaft erscheint, was auf Grund der eigenen Erklärungen des BeschwF. beim Fehlen entgegenstehender Umstände unbedenklich wird bejaht werden können, und wie sich ferner die Belastungsverhältnisse des vergrößerten Erbhofes darstellen würden. Strenge Anforderungen dürfen an die Ausräumung des § 50 Abs. 5 EHVfO nicht gestellt werden. Denn einerseits würde eine Verletzung der Vorschrift lediglich dazu nötigen, die Zusammenschreibung der Grundstücke auf einem Blatte, nötigenfalls durch Übertragung der Erbhofgrundstücke auf ein neues besonderes Blatt gemäß § 53 Abs. 2 Satz 1 REG wieder aufzulösen, ohne daß irgendwelche sachliche Schäden entstehen könnten. Andererseits würde die einstweilige Anlegung eines neuen Blattes für die zu erwerbenden Grundstücke sich als zwecklos erweisen, wenn die Grundstücke demnächst doch noch in die Erbhöferolle eingetragen werden. Denn daraufhin müßte der Vorsitzende des AEG das GBA. gemäß § 50 Abs. 3 EHVfO von dieser Eintragung benachrichtigen, und das GBA. müßte nunmehr nach § 53 REG die zu dem Erbhof neu hinzugekommenen Grundstücke nach Maßgabe des § 4 GBO. von Amts wegen auf das Grundbuchblatt des Erbhofes überschreiben. Dem BeschwF. ist zuzugeben, daß eine solche Weitläufigkeit des Verfahrens nach Möglichkeit vermieden werden muß (vgl. auch § 52 Abs. 1 EHVfO und dazu Vogels, Anm. 3).

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 25. Mai 1938, 1 Wx 223/38.) [H.]

Friedhofsrecht

45. KG. — Friedhofsrecht; Grabstellenrecht. Im Gebiet des ALR. bedurfte es vor 1900 zur Begründung des dinglichen Rechts an einem Erbbegräbnis nicht der Eintragung ins Grundbuch; nach 1900 bedarf es, sofern in dem Bezirk das Grundbuch als angelegt zu betrachten ist, zur Begründung eines dinglichen Rechts an der Grabstelle der Eintragung ins Grundbuch. Bei Verletzung des dinglichen Rechts an einer Grabstelle stehn dem Berechtigten die petitorischen und possessorischen Rechtsschutzmitel zu, bei Verschulden des Verletzers die Ansprüche aus § 823 BGB. Der Berechtigte kann Räumung seines Erbbegräbnisses und Exhumierung der zu Unrecht beerdigten Leiche verlangen. Der Grundsatz, daß die Totenruhe nicht gestört werden dürfe, greift bei Verletzung des dinglichen Rechts an einem Erbbegräbnis nicht durch.

Die Eltern des Kl. hatten im Jahre 1895 ein aus drei Grabstellen bestehendes Erbbegräbnis im Friedhof der Gemeinde L., der Bekl. zu 1, erworben. In diesem war im Jahre 1900 die Mutter des Kl., im Jahre 1916 der Vater des Kl. beigesetzt worden. Die Begräbnisstelle lag an der Friedhofsmauer und war mit einem Gitter eingezäunt und mit vier Lebensbäumen bepflanzt; eine an der Friedhofsmauer angebrachte Tafel enthielt die Personalien der Mutter des Kl.

Im Jahre 1932 bot die Bekl. zu 1 gemäß § 6 ihrer Friedhofsordnung unter anderen Grabstellen auch die Begräbnisstelle der Eltern des Kl. durch Einrücken in öffentliche Blätter auf, ohne den Kl., der im Jahre 1926 von L. verzogen war, besonders zu benachrichtigen. Sie vergab alsdann die Stellen an den Bekl. zu 2. Dieser ließ im Jahre 1933 auf der noch nicht belegten Stelle zwischen den beiden Gräbern der Eheleute seine Ehefrau beisetzen. Der Kl. verlangt von den Bekl. Herausgabe der ihm gehörigen Grabstelle und Herausnahme der Leiche der Ehefrau des Bekl. Der Friedhof ist, wie unstreitig geworden ist, als Eigentum des Bekl. zu 1 im Grundbuch eingetragen; ein Benutzungsrecht an der fraglichen Grabstelle ist weder für den Bekl. zu 2 noch für sonst jemanden eingetragen.

Zur Frage der Herausgabe der Grabstelle und der Herausnahme der Leiche hat das KG. in seinem Urteil folgendes gesagt: Durch die Einräumung des Erbbegräbnisses haben die Eltern des Kl. für sich und ihre Familie ein dingliches Nutzungsrecht an dem Friedhof der Bekl. zu 1 erworben. Allerdings wird vereinzelt in der Rechtslehre die Auffassung vertreten, daß durch die Einräumung einer Grabstelle nur ein persönliches Recht gegenüber dem Friedhofseigentümer begründet werde (vgl. Josef: Recht 1903, 91 und Gareis: SeuffBl. 70, 308 ff.). In der weitaus überwiegenden Mehrheit standen und stehen jedoch Rechtslehre und Rspr. auf dem Standpunkt, daß es sich um ein dingliches Recht an fremder Sache handle (Koch, „ALR.", Bd. 4, 438; RGZ. 8, 200; Gruch. 57, 1045; Staudinger, Bd. 6, Bem. zu Art. 133 EGBGB.; Dernburg, „Preuß. Privatrecht", I, § 76; Berner, „Das Bestattungswesen in Preußen", S. 99 bis 101). Dieses Nutzungsrecht hat den Charakter einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit i. S. des § 1090 BGB. Zu seiner Begründung bedurfte es nach dem vor 1900 gültigen Recht keiner Eintragung im Grundbuch (RGRKomm., Anm. 1 zu § 1090 BGB.; Berner a. a. O., S. 100). Nach Art. 184 EGBGB. ist es mit dem sich aus den bisherigen Gesetzen ergebenden Inhalt und Rang bestehen geblieben. Einer Eintragung im Grundbuch bedurfte es zu einem Fortbestehen auch nach 1900 nicht (RGZ. 55, 315; 56, 13; 66, 30). Sein Inhalt bestimmt sich nach den bisherigen Gesetzen, und zwar gemäß Art. 133 EGBGB. nach den landesgesetzlichen Vorschriften. Hiernach kommen die Vorschriften des ALR zur Anwendung. Demgemäß hat der Grabstellenberechtigte ein Recht auf immerwährende Benutzung der Grabstelle, soweit sie mit dem Zweck der öffentlichen Begräbnisstätte vereinbar ist, insbes. auch auf die Pflege und die Ausschmückung der Gräber, das Setzen von Denkmälern und Denksteinen, sowie darauf, dereinst daselbst bestattet zu werden. Nach dem Ableben seiner Eltern steht dieses Recht dem Kl. als dem nächsten Familienangehörigen und vermutlichen gesetzlichen Erben zu. Die Bekl. haben dieses Recht verletzt. Die Voraussetzungen eines Aufgebotes nach § 6 der Friedhofsordnung lagen nicht vor. Unstreitig ist der Kl. nicht besonders benachrichtigt worden. Dies ist nur zulässig, wenn der Aufenthalt des Berechtigten nicht bekannt ist. Es genügt aber nicht, daß der Leiter der Gemeinde von dem Aufenthalt des Berechtigten keine Kenntnis hat, der Aufenthalt muß vielmehr auch mit den zu Gebote stehenden Mitteln nicht zu erfahren sein. Der Kl. war erst 1926 von L. nach M. verzogen. Er hatte seitdem seinen Aufenthaltsort nicht gewechselt, war also durchaus auffindbar. Die Bekl. zu 1 hat nicht vorgetragen, was sie unternommen hat, um den Aufenthaltsort des Kl. in Erfahrung zu bringen. Sie kann sich auch nicht darauf berufen, daß ihr die

Berechtigung des Kl. selbst unbekannt gewesen sei; denn diese hätte sie ohne weiteres feststellen können, wenn sie den Aufenthaltsort durch Nachforschungen in Erfahrung gebracht hätte. Eine Umfrage in der kleinen Gemeinde L. hätte aller Wahrscheinlichkeit nach dem Leiter der Gemeinde die Kenntnis von der Berechtigung und dem Aufenthaltsort des Kl. vermittelt, wenn sich nicht schon der Aufenthaltsort aus der polizeilichen Abmeldung ergab. Ein Aufgebot durfte die Bekl. zu 1 hiernach nicht ohne nähere Erkundigung einleiten. Im übrigen ergibt sich aber auch aus dem vom Kl. abschriftlich eingereichten Schreiben des Landrats des Kreises Z., daß die Grabstelle noch vor dem Ablauf der in § 6 der Friedhofsordnung vorgeschriebenen Frist von sechs Monaten nach der Veröffentlichung im Amtsblatt wieder belegt worden ist. Auch dies war ordnungswidrig. Zur Zeit der Weitergabe der Grabstelle an den Bekl. zu 2 war daher das Recht des Kl. nicht erloschen, wobei dahingestellt bleiben kann, ob überhaupt die Vernachlässigung der Pflege so groß war, daß der Eindruck einer Preisgabe durch den Berechtigten entstehen konnte. Der Bekl. zu 2 hat ein Recht an der Grabstelle nicht erlangt. Allerdings erfolgt nach Art. 189 EGBGB. die Begründung eines Rechts an einem Grundstück auch nach dem Inkrafttreten des BGB. nach den bisherigen Gesetzen, bis das Grundbuch als angelegt anzusehen ist; nach diesem Zeitpunkt mithin gemäß § 873 BGB. durch Einigung und Eintragung in das Grundbuch. Die Bestimmung des Art. 135 EGBGB. steht dem nicht entgegen; danach bleiben unberührt die landesgesetzlichen Vorschriften über das Recht zur Benutzung eines Platzes auf einer öffentlichen Begräbnisstätte; diese Vorschrift bezieht sich auf den Inhalt eines solchen Rechts, hinsichtlich dessen in Art. 184 EinfG. das Bestehenbleiben ausdrücklich angeordnet worden ist; die Begründung des Grabstellenrechts richtet sich jedoch nach Art. 189 EinfG., in dem ein Vorbehalt zugunsten des Grabstellenrechts nicht aufgenommen ist. Unstreitig ist der Friedhof der Gemeinde L. als deren Eigentum im Grundbuch eingetragen. Es ist auch nicht ersichtlich, daß er durch eine besondere Anordnung vom Buchungszwange befreit war. Unstreitig ist das Grundbuch für den Bezirk L. auch als angelegt anzusehen. Damit konnte die Begründung eines dinglichen Rechts für den Bekl. zu 2 im Jahre 1933 nur im Wege der Eintragung in das Grundbuch erfolgen. Diese ist aber nicht geschehen. Der Bekl. zu 2 hatte daher allenfalls ein persönliches Recht gegen die Bekl. zu 1 auf Gewährung der Benutzung der Begräbnisstelle erlangt. Durch dieses Recht wurde aber das dingliche Recht des Kl. nicht beseitigt. Dieser konnte daher gegen den Bekl. zu 2 die petitorischen und possessorischen Rechtsschutzmittel zur Anwendung bringen (Berner S. 105; RGZ. 8, 200; Gruch. 26, 1022; Koch, „ALR.", Bd. 4, S. 438 ff.). Er konnte insbes. auch von dem Bekl. zu 2 die Räumung des Erbbegräbnisses und die Beseitigung der durch die Beerdigung der Frau B. erfolgten Beeinträchtigung verlangen. Die Bekl. zu 1 haftete ihm auf Wiederherstellung des früheren Zustandes aus dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung. Sie hat den beeinträchtigenden Zustand in fahrlässiger Weise dadurch herbeigeführt, daß sie die Begräbnisstelle aufgeboten und an den Bekl. zu 2 vergeben hat, ohne das Vorliegen der Voraussetzungen hierfür mit genügender Gewissenhaftigkeit zu prüfen. Für das Verschulden ihres Leiters haftet sie nach den §§ 31, 89 BGB. Zur Wiederherstellung des früheren Zustandes gehört es, daß sie dem Kl. den Besitz der Grabstelle wieder verschafft und dafür sorgt, daß die Leiche der Frau B. herausgenommen wird.

Die Bekl. zu 1 kann sich auch nicht darauf berufen, daß ihr ohne das Einverständnis des Bekl. zu 2 die Wiederherstellung des früheren Zustandes nicht möglich gewesen sei. Denn der Bekl. zu 2 war auch seinerseits dem Kl. gegenüber zur Herausgabe und Beseitigung der Beeinträchtigung verpflichtet.

Ebensowenig kann sich die Bekl. zu 1 auf den Grundsatz der Totenruhe berufen. Richtig ist es allerdings, daß nach allgemeinem sittlichem Empfinden die Ruhe der Toten möglichst ungestört bleiben soll und daß ein Verlangen auf Umbettung einer Leiche nur dann berechtigt ist, wenn besondere Gründe dafür sprechen (RGZ. 108, 217). In den von der Rspr. behandelten Fällen handelt es sich aber immer nur darum, daß Angehörige die Leiche eines Verstorbenen an einer anderen Stelle beisetzen wollten und gegen die Gemeinde auf Duldung der Umbettung klagten. Verschieden davon ist jedoch der Fall, daß das Recht eines Grabstellenberechtigten durch die Beisetzung einer Leiche betroffen wird. Hat der Berechtigte ein Recht auf immerwährende ungestörte Benutzung, solange sein Recht nicht erloschen ist, so kann er an der Verfolgung dieses Rechts auch dadurch nicht gehindert sein, daß durch ein Versehen der Gemeinde in seiner Grabstelle eine fremde Leiche beigesetzt wird, und durch deren Umbettung die Totenruhe gestört wird. Erkennt die Rspr. ein Recht des nahen Angehörigen über eine Leiche durch Umbettung zu verfügen, in gewissen Grenzen an, so kann der zur Verfügung Berechtigte hierzu auch einem Dritten gegenüber aus besonderen Gründen verpflichtet sein und sich nicht darauf berufen, daß er seine Einwilligung nicht erteile.

(KG., 2. ZivSen., Urt. v. 29. April 1938, 2 U 804/37.)

Beamtenrecht

**** 46. RG. — §§ 7 ff. PrKommBeamtG.; § 1 PrPensG. v. 27. März 1872; § 148 Abs. 4 DBG. Es verstößt gegen § 8 PrKommBeamtG., wenn ein Anstellungsortgesetz die nichtplanmäßigen Beamten auch dann noch als im Vorbereitungsdienst stehend behandelt, wenn ihre Beschäftigung mit einer Vorbereitung für ein Amt nichts mehr zu tun hat. Dies kann auch nicht aus § 2 PrKommBeamtG. gerechtfertigt werden. Es kann nicht dem Belieben der Gemeinden anheim gestellt werden, Stellen in ihre Stellenpläne einzusetzen, ihnen aber trotz des dauernden Bedürfnisses den Charakter als Planstelle durch einfache Umbenennung in nichtplanmäßige Stellen zu nehmen.**

Die Kl. war seit dem 10. März 1915 als Bürohilfsarbeiterin bei der bekl. Stadtgemeinde im Angestelltenverhältnis tätig gewesen. Am 25. Mai 1923 wurde sie unter Aushändigung einer Anstellungsurkunde zur nichtplanmäßigen Stadtsekretärin ernannt und als Gemeindebeamtin zur Vorbereitung angestellt. Die Urkunde enthielt den Vermerk, daß mit der Anstellung ein Anspruch auf Ruhegehalt nicht verbunden sei. Unter dem 28. Juni 1926 wurde der Kl., nachdem sie bis dahin die Abschlußprüfung I des Verwaltungsseminars nicht bestanden hatte, als nichtplanmäßigen Stadtsekretärin zum 30. Sept. 1927 gekündigt mit der Maßgabe, daß sie als nichtplanmäßige Stadtassistentin weiter beschäftigt werde. Durch Vfg. v. 28. Febr. 1935 wurde ihr wegen eingetretener dauernder Dienstunfähigkeit gemäß § 13 des OrtsG. über die Anstellung der Beamten der Stadt B. v. 11. Okt. 1922 zum 30. Juni 1935 gekündigt. Durch weitere Vfg. v. 13. März 1935 wurde ihr mitgeteilt, daß ihr ein jederzeit widerrufliches Ruhegehalt in Höhe desjenigen Ruhegehalts bewilligt werde, das sie erdient haben würde, wenn sie bei der Bekl. endgültig angestellt gewesen wäre.

Mit der Klage trug die Kl. vor, ihre Tätigkeit im Vorbereitungsdienst sei am 30. Sept. 1927 beendet gewesen, und begehrte die Feststellung ihres Rechtsanspruches auf Ruhegehalt.

Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Auf Rev. der Kl. erkannte das RG. gemäß dem Klageantrag.

Die Voraussetzungen für die Klagerhebung nach § 7 PrKommBeamtG. sind erfüllt. Gegen die Zulassung der Feststellungsklage bestehen keine Bedenken. Nach ständiger Rspr. hat der Beamte ein im Rechtsweg verfolgbares Interesse an der Feststellung des rechtlichen Charakters seiner Dienstbezüge (RGZ. 112, 113 = JW. 1928, 3234[5]), also auch seiner Ruhegehaltsbezüge.

§ 8 KommBeamtG. stellt den Grundsatz der lebenslänglichen Anstellung der städtischen Beamten auf. Nach § 8 Abs. 2 können die Beamten der städtischen Betriebsverwaltungen davon ausgenommen werden. Abweichungen von dem Grundsatz der lebenslänglichen Anstellung können weiter durch Ortsstatut oder in einzelnen Fällen mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde festgesetzt werden (§ 9 Abs. 1 KommBeamtG.). Schließlich kann der Anstellung eine Beschäftigung auf Probe vorangehen, die in der Regel die Dauer von zwei Jahren nicht übersteigen darf (§ 10 Abs. 1 KommBeamtG.).

Die Rechtsverhältnisse der auf Probe, zu vorübergehenden Dienstleistungen oder zur Vorbereitung angestellten Kommunalbeamten unterliegen den Bestimmungen des KommBeamtG. im allgemeinen nicht (§ 2 Abs. 1). Doch hat die Regelung der Annahmebedingungen bei diesen Beamten vor dem Antritt der Beschäftigung zu erfolgen (§ 10 Abs. 2).

In RGZ. 146, 159 = JW. 1935, 1244[8] ist ausgeführt, es verstoße gegen die zwingende Vorschrift des § 8 KommBeamtG., durch die Anstellungsurkunde einem Kommunalbeamten die Eigenschaft eines Beamten im Vorbereitungsdienst i. S. des § 2

beizulegen, wenn er nicht wirklich im Vorbereitungsdienst verwendet werde. So wenig wie durch den einzelnen Anstellungsvertrag kann § 8 durch ein Ortsgesetz umgangen werden. Ein Beamter kann aber auch nicht zu vorübergehender Beschäftigung angestellt werden, wenn ihm eine Dienstaufgabe übertragen wird, die in Wirklichkeit nicht vorübergehend ist. Nach der AusfAnw. z. KommBeamtG. v. 12. Okt. 1899 Art. III Nr. 4 „wird die in § 10 Abs. 2 vorgeschriebene zuvorige Regelung der Annahmebedingungen bei vorübergehenden Dienstleistungen den Gegenstand der Beschäftigung und die voraussichtliche Dauer derselben zu umfassen haben". Das PrOVG. hat in PrVerwBl. 37, 505 erklärt, daß i. S. der Bestimmungen des PrStMin. zur Ausführung des § 66 RMilG. eine Beschäftigung nur dann vorübergehend sei, wenn sie von vornherein ausdrücklich oder nach den Umständen auf eine bestimmte Zeit begrenzt sei und daß die Beschäftigung in allen anderen Fällen, insbes. wenn die Ausübung der Amtsverrichtung bis auf weiteres übertragen sei, als ständig gelte, und in RGZ. 37, 241 ist darauf hingewiesen, daß die Anstellung auf unbestimmte Zeit von einer solchen zu vorübergehender Dienstleistung begrifflich durchaus verschieden sei.

Nun hat das OrtsG. über die Anstellung der Beamten der Stadt B. v. 11. Okt. 1922 in § 7 bestimmt, daß „die zu ihrer Ausbildung angenommenen Anwärter und die Diätare als Beamte zur Vorbereitung angestellt werden". Das BG. hat die Bestimmung dahin ausgelegt, daß demnach alle Diätare, das seien die nichtplanmäßigen Beamten, Beamte zur Vorbereitung seien. Die Auslegung ist nicht überzeugend. § 7 sagt nicht, daß die Diätare Beamte zur Vorbereitung sind, sondern nur, daß sie als solche angestellt werden. Damit ist über die spätere Entwicklung der Anstellung nichts festgelegt. Es wäre schwer zu verstehen, wenn eine Körperschaft, wie die Stadt B., ein OrtsG. erlassen hätte, das ganz offensichtlich mit dem KommBeamtG. schlechterdings unvereinbar ist. Allein das RevG. ist durch die Auslegung des BG. nach §§ 549 Abs. 1, 562 ZPO. gebunden. Dann verstößt die Bestimmung insoweit gegen § 8 KommBeamtG., als sie die nichtplanmäßigen Beamten auch dann noch als im Vorbereitungsdienst stehend behandelt, wenn ihre Beschäftigung mit einer Vorbereitung für ein Amt nichts mehr zu tun hat, und kann nicht aus § 2 KommBeamtG. gerechtfertigt werden.

Das BG. hat sich mit der Unvereinbarkeit des § 7 OrtsG. in der von ihm gefundenen Auslegung mit § 8 KommBeamtG. nicht auseinandergesetzt, sondern dem Satz, daß die Einordnung der Kl. in die Gruppe der Beamten zur Vorbereitung aus dem Anstellungs-OrtG. herzuleiten sei, nur angefügt, daß die Grundsätze, die die Bekl. im § 9 AnstellungsOrtsG. aufgestellt habe, durch die Notwendigkeit der Anstellung von Militär- und Versorgungsanwärtern geboten seien. § 9 spricht von der Beschäftigung der auf Kündigung angestellten Beamten. Kündigungsbeamte sind i. S. des KommBeamtG. diejenigen, deren Kündigung nach § 8 Abs. 2 und § 9 KommBeamtG. vorbehalten ist. Von dem Vorbehalt hat das OrtsG. in § 4 Gebrauch gemacht. Soweit aus der notwendigen Versorgung der Militäranwärter und den dazu ergangenen Vorschriften rechtliche Folgen für die Wirksamkeit der Anstellung von Kommunalbeamten zu ziehen sind, mag sich daraus das Gebot der Anstellung auf Kündigung oder zu vorübergehender Beschäftigung ergeben (RGZ. 132, 232), nicht aber ein Anlaß zur Anstellung von Beamten zur Vorbereitung auf Stellen, die mit einer Vorbereitung nichts zu tun haben. Aus § 9 OrtsG. läßt sich also die Berechtigung, Diätare immer nur als Beamte zur Vorbereitung anzustellen, nicht herleiten.

Das BG. hat nicht erwogen, ob die Kl. als zu vorübergehender Beschäftigung angestellt angesehen werden konnte. Das folgte freilich nicht allein daraus, daß sie nicht planmäßig angestellt wurde, und andere ausreichende Anhaltspunkte, daß die Anstellung zeitlich oder sachlich begrenzt war, liegen nicht vor. Die Regelung der Annahmebedingungen hätte auch vor Eintritt der Beschäftigung erfolgen müssen, wenn die Kl. zu vorübergehender Dienstleistung beschäftigt werden sollte (§ 10 Abs. 2 KommBeamtG.), und es wäre der Gegenstand der Beschäftigung oder die voraussichtliche Dauer derselben bei der Anstellung genau festzulegen gewesen (Art III Nr. 4 AusfAnw. z. KommBeamtG.).

Die Behandlung der Kl. als Beamtin zur Vorbereitung bis zur Kündigung verstieß jedenfalls gegen § 8 KommBeamtG., da die Bekl. selbst nicht behauptet, daß der der Kl. übertragene Dienst ihrer Vorbereitung gedient hätte.

Eine andere Frage ist, ob die Kl. Kündigungsbeamtin war. Unter die in § 4 OrtsG. aufgeführten Beamten ist sie nicht einzureihen. Die Diätare, jetzt außerplanmäßige Beamte, sind nicht begriffsmäßig Kündigungsbeamte (RGZ. 111, 122 = JW. 1926, 364; RGZ. 121, 353 = JW. 1928, 3238[7] m. Anm.; RGZ. 136, 337). § 7 OrtsG. konnte aber dahin ausgelegt werden, daß mit der Bezeichnung der Diätare als Vorbereitungsbeamte gesagt werden sollte, daß sie nur gegen Kündigung angestellt würden. Das AnstellungOrtsG. unterscheidet zwischen „endgültig auf Kündigung angestellten Beamten (§ 4)" in § 12 und den auf Probe oder zur Vorbereitung angestellten Beamten (§§ 6 und 7) in § 13, die kündbar sind. Daraus kann noch nicht hergeleitet werden, daß alle Diätare Kündigungsbeamte sein sollten, da die Bestimmung wörtlich auf die wirklich zur Probe oder zur Vorbereitung angestellten Beamten abgestellt sein kann. In § 13 Abs. 2 ist allerdings statt dessen von nichtplanmäßigen Beamten die Rede. Allein auch hier kann vorausgesetzt sein, daß die Bestimmung nur auf an sich kündbare nichtplanmäßige Beamte anzuwenden ist.

Die Frage kann aber offen bleiben, ob § 7 OrtsG. bezweckte, alle Diätare zu Kündigungsbeamten zu machen. Denn wenn das Gesetz sie, wie ausgeführt, nicht schlechthin zu Vorbereitungsbeamten machen konnte, so blieb es für den Ruhegehaltsanspruch der Kl. ohne Belang, ob sie lebenslängliche Beamtin der Stadt geworden war oder nur auf Kündigung angestellt war. War sie nach dem allgemeinen Grundsatz des § 8 KommBeamtG. lebenslänglich angestellt, weil sie nicht zu den Kündigungsbeamten des § 4 OrtsG. gehörte, so war sie nach § 12 KommBeamtG. mit § 1 Ges. betr. die Pensionierung der unmittelbaren Staatsbeamten usw. v. 27. März 1872 (GS. 268) ungeachtet der Verleihung bloß einer nicht planmäßigen Stelle schlechthin ruhegehaltsberechtigt. Erst § 2 bringt Ausnahmen für die unter dem Vorbehalt des Widerrufs oder der Kündigung angestellten Beamten, wenn sie keine in den Besoldungsetat aufgeführte Stelle bekleiden.

Aber auch wenn sie als Inhaberin einer nicht planmäßigen Stelle i. S. des § 7 OrtG. nur Kündigungsbeamtin geworden war, wurde ihr Ruhegeldanspruch dadurch nicht ausgeräumt. Denn auch den Kündigungsbeamten kann der Ruhegeldanspruch nicht dadurch allein entzogen werden, daß sie der Bezeichnung nach nicht planmäßige Stellen bekommen, und die nichtplanmäßigen Beamten werden nicht schon dadurch ihres Ruhegeldanspruchs beraubt, daß sie alle als Kündigungsbeamte erklärt werden. Sonst wäre der Zweck des KommBeamtG., für alle Beamte eine sichere und eindeutige Rechtsgrundlage zu schaffen, wieder vereitelt und seine Erfüllung in die Willkür der Gemeinden gestellt (RGZ. 88, 386 = JW. 1916, 1482). Planstellen sind grundsätzlich die im Haushaltplan vorgesehenen Stellen, die dauernd erforderlich sind (so jetzt auch § 148 Abs. 4 DBG. und AusfAnw. z. DBG. für die KommBeamt., RdErl. des RuPrMdJ. v. 1. Juli 1937, V a I 1210/37, RMBliV. 1937, 1051 zu § 28 Nr. 3 des Ges.), und es kann nicht dem Belieben der Kommunen anheimgestellt werden, Stellen in ihre Stellenpläne einzusetzen, ihnen aber trotz des dauernden Bedürfnisses den Charakter als Planstelle durch die einfache Umbenennung in nichtplanmäßige Stellen zu nehmen. Das Gesetz betr. vorl. Regelung verschiedener Punkte des Gemeindebeamtenrechts v. 8. Juli 1920 (GS. 383) hat deshalb die Gemeinde verpflichtet, die Bezüge ihrer hauptamtlich angestellten Beamten den Grundsätzen des staatlichen Beamten-Diensteinkommens- und Beamten-Altruhegehaltsg. anzupassen, und unterscheidet i. S. der staatlichen Beamtenbesoldung zwischen planmäßigen Beamten mit Grundgehalt oder Besoldung und nichtplanmäßigen Beamten mit Grundvergütung, ohne daß die Haushaltspläne der Kommunen jedoch die klare Trennung überall durchgeführt hätten.

Das KommBeamtG. selbst kennt den Unterschied nicht, sondern spricht allgemein von Besoldung (§ 11 KommBeamtG.).

Auch der Stellenplan der Bekl. unterscheidet noch nicht entsprechend zwischen Besoldung und Vergütung, sondern reihte die der Kl. zugewiesene Stelle in eine Besoldungsgruppe der nichtplanmäßigen Beamten ein, während er erst bei den städtischen Angestellten von Vergütungsgruppen spricht. Aus der Bezeichnung kann sich die Frage der Ruhegehaltsfähigkeit demnach nicht regeln (Vogels, Anstellung und Versorgung der Kommunalbeamten, Anh. I, Ges. betr. die Pensionierung der unmittelbaren Staatsbeamten § 2 Bem. III Abs. 2). Entscheidend ist vielmehr, daß die Stelle nach dem städtischen Stellenplan eine in dem Besoldungsetat aufgeführte Stelle ist und dauernd erforderlich war, deshalb aber i. S. des § 2 Abs. 1 Ges. betr. die Pensionierung der unmittelbaren Staatsbeamten eine Stelle, die einen Anspruch auf Pension gewährt, auch wenn sie kündbar war, Art. IV Nr. 2 AusfAnw. z. KommBeamtG. spricht ohne jeden Unterschied davon, daß durch § 12 des Ges. die Pensionsberechtigung der lebenslänglich angestellten städtischen Beamten auf die sämtlichen städtischen Beamten, insbes. also die auf Kündigung angestellten, ausgedehnt werde, welch letztere Pension erhalten, sofern sie nach Zurücklegung der erforderlichen Dienstjahre dauernd dienstunfähig werden. Ob das darauf hindeuten könnte, daß § 12 KommBeamtG. bei der Bezugnahme auf das PensionsG. v. 27. März 1872 die ursprünglich nur den Staatsbeamten eigene Einteilung in planmäßige und nichtplanmäßige Stellen überhaupt nicht berücksichtigt hat, kann nach dem Gesagten dahingestellt bleiben.

Da somit die Kl. Vorbereitungsbeamtin i. S. des § 2 KommBeamtG. nicht gewesen ist, aber sowohl bei lebenslänglicher wie bei kündbarer Anstellung ruhegeldberechtigt ist, ist das BU. aufzuheben und dem Klageantrag zu entsprechen, ohne daß es noch darauf ankam, zu untersuchen, ob die in ihrer Wirksamkeit unbestrittene Kündigung nach § 9 Abs. 2 KommBeamtG. nur durch Kollegialbeschluß hätte erfolgen können.

(RG., III. ZivSen., U. v. 1. Juli 1938, III 147/37.) [Ba.]

*

47. RG. — § 7 PrKommBeamtG.; §§ 143, 163 DBG.; § 19 RDStrO. Fehlt die ordnungsmäßige Zustellung des Vorbescheides, so wird die sechsmonatige Ausschlußfrist für die Klage nicht in Lauf gesetzt.

Es ist die Frage nachzuprüfen, ob die Klage rechtzeitig erhoben worden ist. Nach § 7 KommBeamtG. muß der Klage der Kommunalbeamten über alle vermögensrechtlichen Ansprüche aus ihrem Dienstverhältnis die Erteilung eines Vorbescheids der zuständigen Verwaltungsbehörde vorausgehen und die Klage zur Vermeidung der Abweisung binnen einer Ausschlußfrist von sechs Monaten nach Zustellung des Vorbescheids erhoben werden. Die Bekl. war dadurch, daß ihr die Stadtrechte verliehen worden waren, aus dem Landkreise nicht ausgeschieden (§ 1 WestfStädteO. v. 19. März 1856 [GS. 237] in Verb. m. § 1 WestfLGemO. vom gleichen Tage [GS. 265]). Für die Erteilung des Vorbescheides war daher nach § 16 PrVO. zur Vereinf. und Verbill. der Verw. v. 1. Sept. 1932 (GS. 283), § 24 dieser VO. i. d. Fass. von Art. IX Nr. 8 VO. zur Regelung einiger Punkte des GemVerf.-, Verw.- und Abgabenrechts usw. v. 17. März 1933 (GS. 43) i. Verb. m. §§ 1 und 9 des am 1. Jan. 1934 in Kraft getretenen Ges. über die Anpassung der Landesverwaltung an die Grundsätze des nationalsozialistischen Staates v. 15. Dez. 1933 (GS. 479) der Landrat zuständig (vgl. RGZ. 153, 162 ff. = JW. 1937, 939[13]). Der zuständige Landrat hat durch Bescheid v. 21. Aug. 1934 die Gehaltsansprüche des Kl. abgelehnt. Die sechsmonatige Frist des § 7 KommBeamtG. lief nach dieser Gesetzesbestimmung vom Tage der Zustellung dieses Bescheides. Der erstinstanzliche Prozeßbevollmächtigte des Kl. hatte nun zwar in der Klageschrift angegeben, ihm sei der Bescheid am 25. Aug. 1934 zugestellt worden; er hat diese Angabe aber später widerrufen. Der BerR. hat diesem Widerruf Beachtung geschenkt; er sieht als bewiesen an, daß der Prozeßbevollmächtigte des Kl. bei der Einreichung der Klage die Frage der förmlichen Zustellung überhaupt nicht geprüft hatte, und entnimmt den Akten des Landrats, daß am 21. Aug. 1934 zwar verfügt worden war, den Bescheid vom gleichen Tag dem Prozeßbevollmächtigten des Kl. erster Instanz, dem RA. Dr. X., und dem Bürgermeister gegen Behändigungsschein zuzustellen; er stellt aber weiter einwandfrei fest, daß ein Behändigungsschein oder eine sonstige Urkunde über die Zustellung des Bescheides an den Kl. oder seinen Prozeßbevollmächtigten nicht bei den Akten ist, sich dort vielmehr nur ein Behändigungsschein des Bürgermeisters befindet, wonach diesem eine Ausfertigung des Beschlusses des Landrats v. 21. am 25. Aug. 1934 zugestellt worden ist. Wenn hiernach das BG. nicht für erwiesen ansieht, daß eine vorschriftsmäßige Zustellung des Bescheides an den Kl. vor der Klagerhebung erfolgt war, so kann das nicht beanstandet werden.

Nach dem Regulativ zur Ordnung des Verfahrens bei den Kreisausschüssen usw. v. 28. Febr. 1884 (MBliV. 41) und dem dort in Bezug genommenen Regulativ für das OVG. mußte die Zustellung des Bescheides v. 21. Aug. 1934 durch die Post oder in der Form erfolgen, daß ein Beamter das zuzustellende Schriftstück an den Adressaten überbrachte und über die vollzogene Zustellung eine Bescheinigung zu den Akten brachte. Die Rev. der Bekl. stellt zur Nachprüfung, ob das Regulativ v. 28. Febr. 1884 überhaupt noch maßgebend gewesen sei, nachdem die Zuständigkeit für die nach § 7 KommBeamtG. zu treffende Entscheidung nach dem erwähnten PrGes. v. 15. Dez. 1933 vom Kreisausschuß auf den Landrat übergegangen sei. Sie meint, für den Landrat habe das Regulativ keine Bedeutung gehabt, da er als staatlicher Beamter daran nicht gebunden gewesen sei. Die Rev. übersieht hierbei, daß nach § 9 Abs. 3 des erwähnten AnpassungsG. auf das Verfahren vor dem RegPräs. und dem Landrat die bisher für die Beschlußbehörden geltenden Verfahrensbestimmungen Anwendung finden. Der Landrat mußte also auch jenes für das Verfahren bei den Kreisschüssen gegebene Regulativ v. 28. Febr. 1884 beachten.

Die Rev. macht in dieser Beziehung weiter geltend, der BerR. verfahre sehr formell bei Verneinung des Nachweises der Behändigung des Beschl. v. 21. Aug. 1934. Der Behändigungsschein solle doch lediglich belegen, daß der Beschluß dem Betroffenen zugegangen sei. Diese Tatsache sei aber durch die Erklärung und die Vermerke des RA. Dr. X. außer Zweifel gestellt. Es sei ein Zug im Rechtsleben, der sich insbes. auch in den Bestimmungen der ZPO. kundtue, daß die Formalien von Zustellungen erheblich gelockert würden; das entscheidende Gewicht werde jetzt darauf gelegt, daß das betr. Schriftstück dem Adressaten zugegangen sei. Es spiele daher keine entscheidende Rolle die Tatsache, daß RA. Dr. X. nicht gewußt gehabt habe, daß es auf die Zustellung des Bescheides ankomme und von dieser Zustellung ab eine Frist laufe; die Nichtkenntnis erkläre die verspätete Klagerhebung.

Auch mit diesen Ausführungen kann die Rev. nicht gehört werden. Es wird dabei die erhebliche Bedeutung verkannt, die gerade der Zustellung des ablehnenden Bescheides zukam, daß eben die sechsmonatige Ausschlußfrist für die Klage erst durch die Zustellung des ablehnenden Bescheides in Lauf gesetzt wird.

Es handelt sich also um eine außerordentlich wichtige Tatsache, die urkundlich festgestellt werden muß, damit Klarheit herrscht, ob der Rechtsanspruch noch verfolgt werden kann oder der Beamte mit der gerichtlichen Geltendmachung seiner Ansprüche ausgeschlossen ist. Dementsprechend hat auch das am 1. Juli 1937 in Kraft getretene DBG. v. 26. Jan. 1937 (RGBl. I, 39), das im § 143 die Geltendmachung von vermögensrechtlichen Ansprüchen der Beamten gleichfalls an eine sechsmonatige Ausschlußfrist nach der Bekanntgabe der Entscheidung der obersten Dienstbehörde (oder nach dem Ablauf von sechs Monaten nach Zugehen des Antrags) knüpft, im § 163 ausdrücklich bestimmt, daß die Entscheidungen, die den Beamten nach den Vorschriften dieses Gesetzes bekanntzugeben sind, ihnen zugestellt werden müssen, wenn durch sie eine Frist in Lauf gesetzt wird oder Vermögensrechte der Beamten durch sie berührt werden. Die Zustellung muß nach den Vorschriften der RDStrO. v. 26. Jan. 1937 (RGBl. I, 71) erfolgen, kann aber dadurch ersetzt werden, daß die Entscheidung dem Beamten unter Anfertigung einer Niederschrift eröffnet wird, in welchem Falle ihm auf Antrag eine Abschrift der Niederschrift zu geben ist. § 19 RDStrO. aber ordnet insoweit 3 Arten der Zustellung an, nämlich 1. Übergabe an den Empfänger gegen Empfangs-

schein oder, wenn er die Annahme oder die Ausstellung des Empfangsscheins verweigert, Anfertigung einer Niederschrift darüber, 2. eingeschriebenen Brief mit Rückschein, 3. Beachtung der Vorschriften der ZPO. über die Zustellung von Amts wegen. In letzterem Falle müssen also die Bestimmungen der §§ 208 bis 213 ZPO. innegehalten werden. Bei Zugrundelegung dieser Vorschriften würde an den Kl. gleichfalls keine vorschriftsmäßige Zustellung erfolgt und daher die Ausschlußfrist nicht in Lauf gesetzt worden sein. Auf die Beachtung der Bestimmungen des § 163 DBG. hat denn auch der RuPrMdF. durch RE. vom 16. Dez. 1937 (RMBliV. 1958) ausdrücklich hingewiesen. Demgegenüber ist es unbeachtlich, daß die ZPO. die Bestimmungen über Zustellungen erheblich gelockert hat. Immerhin hat auch sie in den §§ 208 bis 213 ZPO. Formvorschriften gegeben, die beachtet werden müssen, hier aber nicht beachtet worden sind. Die sechsmonatige Ausschlußfrist des § 7 KommBeamtG. war also zur Zeit der Klagerhebung noch nicht in Lauf gesetzt.

(RG., III. ZivSen., U. v. 1. April 1938, III 164/37.) [Ba.]

Zivilprozeßordnung

48. RG. — § 57 ZPO.; § 226 BGB. Der einem prozeßunfähigen Bekl. bestellte besondere Vertreter hat die Wahl, entweder die bisherige Prozeßführung zu genehmigen oder die Folgen der Prozeßunfähigkeit geltend zu machen.

Nach der Feststellung des BG. war die Bekl. bereits zur Zeit der Klagerhebung geisteskrank und daher prozeßunfähig. Sowohl die Klagerhebung als auch das bisherige Verfahren entbehren mithin der rechtlichen Wirksamkeit. Sie hätten hier nur dadurch Wirksamkeit erlangen können, daß der der Bekl. nach § 57 ZPO. bestellte besondere Vertreter die bisherige Prozeßführung genehmigte. Dieser hat es ausdrücklich abgelehnt, die bisherige Prozeßführung zu genehmigen.

Den Einwand des Kl., daß die Ablehnung der Genehmigung der bisherigen Prozeßführung durch den der Bekl. bestellten besonderen Vertreter gegen Treu und Glauben verstoße und nur dazu angetan sei, ihm Schaden zuzufügen, hat das BG. mit Recht für unbegründet erklärt. Die Vorschrift des § 57 ZPO. ist dazu bestimmt, bei Gefahr im Verzuge dem Kl. die Anhängigmachung eines Rechtsstreits oder die Fortführung eines bereits anhängigen Rechtsstreits gegen eine prozeßunfähige, eines gesetzlichen Vertreters entbehrende Person zu ermöglichen (RGZ. 105, 404 ff.). Sie gewährt dem Kl. aber, falls die Bestellung des besonderen Vertreters im Laufe eines bereits anhängigen Rechtsstreits erfolgt, keinen Anspruch auf Genehmigung der bisherigen unwirksamen Prozeßführung. Ebensowenig wie die wieder prozeßfähig gewordene Partei selbst zur Genehmigung verpflichtet wäre, ist der besondere Vertreter hierzu verpflichtet. Er hat vielmehr die Wahl, entweder die bisherige Prozeßführung zu genehmigen oder die Folgen der Prozeßunfähigkeit geltend zu machen (RGZ. 110, 228). Seine Entschließung ist für die übrigen Prozeßbeteiligten maßgebend. Für eine Prüfung nach der Richtung, ob die bisherige Prozeßführung ungenügend war oder ob sie die Rechte der prozeßunfähigen Partei in einer im laufenden Verfahren nicht mehr gut zu machenden Weise verkürzt hat, ist im Gegensatz zur Ansicht der Rev. kein Raum. Wenn hier der besondere Vertreter die Genehmigung deshalb verweigert, weil ihre Erteilung der Bekl. möglicherweise eine sonst den Kl. treffende Kostenlast aufbürden würde, so nimmt er damit pflichtgemäß nur die berechtigten Belange der Bekl. wahr. Von einem Verstoß gegen Treu und Glauben oder gar gegen das Schikaneverbot des § 226 BGB. kann nicht die Rede sein.

Da es an einer wirksamen Klagerhebung fehlt und dieser Mangel auch nicht nachträglich geheilt worden ist, so hat das BG. die Klage mit Recht angebrachtermaßen abgewiesen.

(RG., IV. ZivSen., U. v. 27. Juni 1938, IV 87/38.) [Ba.]

*

49. RG. — § 233 ZPO. Der Grundsatz, daß die Führung des Fristenkalenders und damit der Hinweis auf den bevorstehenden Ablauf von Fristen im allgemeinen zuverlässigen und erprobten Angestellten des Anwalts überlassen werden kann, gilt dann nicht, wenn besondere Umstände Aufmerksamkeit erfordern. Ist das der Fall und hat der Anwalt sie außer acht gelassen, so ist die Fristversäumnis nicht als unabwendbarer Zufall i. S. des § 233 ZPO. anzusehen.

Das Rechtsmittel ist in formeller Hinsicht nicht zu beanstanden, aber sachlich nicht begründet.

Was zunächst den Sachverhalt betrifft, auf dessen Glaubhaftmachung das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Nachweisfrist und nunmehr die sofortige Beschw. gestützt ist, so fällt ein Widerspruch auf zwischen den Angaben des Prozeßbevollmächtigten des BeschwF. in der BerInst., RA. Dr. H., deren Richtigkeit er an Eides Statt versichert hat, und der eidesstattlichen Versicherung der Bürovorsteherin Elfriede W. Während nämlich der genannte Anwalt in seiner Antragsbegründung v. 11. Mai 1938 erklärt, er habe sein Büro angewiesen, „eine erneute Fristverlängerung nachzusuchen", wobei er als selbstverständlich angenommen habe, daß sein Büro genau feststellen würde, welche (im Antrag unterstrichen) Fristen an diesem Tage abliefen, er habe sich darüber keine Gedanken gemacht, sondern sich insoweit auf seine Bürovorsteherin verlassen, hat diese am gleichen Tage unter Eides Statt versichert, RA. Dr. H. habe sie am 10. Mai 1938 morgens beauftragt, „die am gleichen Tage ablaufenden Fristen zur Begründung der Berufung und zur Einzahlung der gerichtlichen Prozeßgebühr ... verlängern zu lassen". Aus der BeschwBegr. v. 3. Juni 1938 geht andererseits wieder deutlich hervor, daß der BeschwF. nicht behauptet, sein Prozeßbevollmächtigter habe einen solchen Auftrag gegeben, denn er macht geltend, es könne vom Anwalt nicht verlangt werden, daß er bei Stellung eines derartigen Antrags die Aktenlage jedesmal selbst prüfe und nachkontrolliere, ob nicht „noch ein weiterer Fristablauf" in Frage komme als der, dessen in dem von ihm unterschriebenen Antrag gedacht ist.

Es kann dahingestellt bleiben, ob bei dieser Sachlage die Behauptung aufgestellt und als glaubhaft gemacht anzusehen ist, RA. Dr. H. habe der Bürovorsteherin am 10. Mai den Auftrag gegeben, die beiden Fristen verlängern zu lassen. Vielmehr wird zugunsten des Kl. angenommen, daß nicht diese Darstellung der Bürovorsteherin, sondern diejenige der Antrags- und BeschwBegr. v. 11. Mai bzw. 3. Juni 1938 zutrifft. Denn wenn der Prozeßbevollmächtigte den Auftrag so erteilt hätte, wie dies die Bürovorsteherin angibt, dann läge seine Verpflichtung auf der Hand, die Ausführung eines Auftrages zu überwachen, den er selbst im einzelnen ausdrücklich als auf beide Fristen bzgl. erteilt hätte. Er hätte dann, als ihm der Schriftsatz v. 10. Mai mit dem Antrag auf Verlängerung lediglich der Frist zur Begründung der Berufung vorgelegt wurde, sich unbedingt des von ihm ausdrücklich erteilten Auftrags auf Verlängerung beider Fristen erinnern müssen. Sein Verschulden wäre dann nicht geringer, sondern größer, als bei Unterstellung seiner eigenen Angaben in der Antragsbegründung v. 11. Mai. Aber auch bei Zugrundelegung dieser letzteren hat der Prozeßbevollmächtigte nicht die äußerste Sorgfalt angewandt, die von ihm nach Lage der Sache vernünftigerweise zu verlangen war. Schon der Grundsatz, daß die Führung des Fristenkalenders und damit der Hinweis auf den bevorstehenden Ablauf von Fristen im allgemeinen zuverlässigen und erprobten Angestellten des Anwalts überlassen werden kann, gilt dann nicht, wenn besondere Umstände Aufmerksamkeit erfordern (RGBeschl. v. 10. Febr. 1936, VI B 1/36: RGWarn. 1936, 119 und SeuffArch. 90, 187). Solche Umstände waren hier gegeben. Noch am 14. April 1938 hatte RA. Dr. H. ausdrücklich um die Verlängerung beider Fristen gebeten. Er mußte gerade dadurch besonders darauf aufmerksam geworden sein, daß zwei Fristen am gleichen Tage abliefen; das erforderte bereits besondere Aufmerksamkeit. Als er dann den Auftrag erteilte, „eine erneute Fristverlängerung nachzusuchen", durfte er sich nicht mehr darauf verlassen, daß sein Büro selbsttätig dar-

aufhin prüfen werde, welche Frist oder welche Fristen bei der Fristverlängerung, zu der er den Auftrag gab, in Frage kommen würden. Gerade die vom BeschwF. selbst hervorgehobene Tatsache, daß Dr. H. der Bürovorsteherin den Auftrag erteilt hat, „eine Fristverlängerung" zu beantragen, zeigt ja, daß er es von sich aus für geboten erachtet hatte, tätig durch seinen Auftrag selbst einzugreifen, die aus dem Fristablauf sich als nötig erweisenden Maßnahmen selbst anzuordnen, und daß er nicht der Bürovorsteherin mit Rücksicht auf die Führung des Fristenkalenders alles weitere überlassen hatte. Dann mußte er aber auch Führung und Überwachung in der Hand behalten. Gerade durch seine Auftragserteilung „eine erneute Fristverlängerung nachzusuchen", war die Gefahr entstanden, daß die Bürovorsteherin daraufhin nur an eine Fristverlängerung dachte, während sie auf Grund des Fristenkalenders (unterstellt, daß dieser ordnungsmäßig geführt war), ohne eigenes aber ungenügendes und ungeeignetes Eingreifen des Anwalts, vielleicht an den Ablauf beider Fristen erinnert worden wäre, und ihrerseits den Anwalt daran erinnert hätte. Es durfte weiter dem Prozeßbevollmächtigten spätestens bei der Unterzeichnung des Antrags v. 10. Mai 1938 nicht entgehen, daß hier der Ablauf zweier Fristen in Betracht kam, zumal da in diesem Antrag ausdrücklich auf den vorhergehenden Verlängerungsantrag v. 14. April 1938 Bezug genommen ist, in welchem in einer in die Augen fallenden Weise gleich eingangs hervorgehoben wird, daß die Verlängerung beider Fristen beantragt werde.

Der zweitinstanzliche Prozeßbevollmächtigte des Kl. hat also nicht die von ihm nach der Sachlage zu verlangende äußerste Sorgfalt angewendet. Ein unabwendbarer Zufall im Sinne des Gesetzes liegt daher nicht vor. Mit Recht hat das OLG. den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Nachweisfrist abgelehnt und die Berufung des Kl. als unzulässig verworfen.

(RG., VII. ZivSen., Beschl. v. 28. Juni 1938, VII B 5/38.)

*

50. RG. — § 286 ZPO. Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Ablehnung eines Beweisantrages auf Zeugenvernehmung.

Nach ständiger Rspr. ist die Ablehnung eines nach § 373 ZPO. angetretenen Zeugenbeweises für eine möglicherweise beweiserhebliche Tatsache nur dann zulässig, wenn entweder die unter Beweis gestellten Tatsachen so ungenau bezeichnet sind, daß ihre Erheblichkeit nicht nachgeprüft werden kann, oder wenn sie zwar in das Gewand einer bestimmt aufgestellten Behauptung gekleidet, aber aufs Geratewohl aufgestellt, mit anderen Worten aus der Luft gegriffen sind. Das BG. lehnt im vorl. Falle die Erhebung der angebotenen Beweise lediglich mit der Begründung ab, daß die Bekl. keine „Einzelheiten" angegeben habe, über die bestimmte Zeugen gehört werden sollten. Es kann jedoch nicht anerkannt werden, daß die von der Bekl. unter Beweis gestellten Tatsachen so ungenau bezeichnet seien, daß ihre Erheblichkeit nicht nachgeprüft werden könne. Mag auch die Behauptung, daß der (fristlos entlassene) Kl. den Vorgang „arrangiert" oder „inszeniert" habe, etwas unbestimmt klingen, so liegt doch darin die Behauptung, daß der Kl. (als damaliges Vorstandsmitglied der Bekl.) die treibende oder mit treibende Kraft bei dem Vorfall gewesen sei, daß er die Mißtrauenskundgebung des Vertrauensrats gegenüber dem Mit-Vorstandsmitglied X. veranlaßt, zum mindesten durch sein tätiges Eingreifen gefördert und unterstützt habe; darüber hinaus hat die Bekl. sogar ausdrücklich behauptet — was in der gleichen Richtung lag, aber noch bestimmter gehalten war —, daß der Kl. bei der Abfassung des (bei dieser Kundgebung durch ein Vertrauensratsmitglied) verlesenen Schriftstücks mitgewirkt habe. Es ist nicht ersichtlich, die Angabe welcher näheren Einzelheiten der Bekl. noch zugemutet werden könnte. Der angetretene Beweis hätte daher, wenn das BG. ihn nicht von vornherein aus grundsätzlichen Erwägungen für unerheblich erachtete, erhoben werden müssen. Da sehr wohl mit der Möglichkeit zu rechnen ist, daß bei Berücksichtigung dieses Beweisangebotes und einer Bestätigung des Beweissatzes durch die Beweisaufnahme in einem solchen Verhalten des Kl. eine gröbliche Dienstpflichtverletzung erblickt werden könnte, ist das BU. schon aus diesem Grunde aufzuheben.

(RG., II. ZivSen., U. v. 1. Juni 1938, II 225/37.) [Ba.]

*

51. RG. — § 286 ZPO. Es ist ein Erfordernis vernünftiger Prozeßführung, daß eine Partei zum Schluß deutlich in bestimmten Beweisanträgen zum Ausdruck bringt, wenn sie in einem langwierigen und ausführlich gehandhabten Rechtsstreit noch etwas an Beweisaufnahme neu vorgenommen haben will.

Das BG. hat unter Verwertung der im Vorprozeß (der gleichen Parteien) über dieselbe Beweisfrage stattgehabten Beweisaufnahme verneint, daß die Vertreter der Bekl. Kenntnis vom Vorhandensein des Hausschwamms oder auch nur Verdacht darauf gehabt hätten. Ihnen war der Zustand der Häuser nicht näher bekannt. Sie haben sie aber häufig durch den Zimmermeister H. besichtigen lassen und dieser hat trotz seiner Sachkunde keinerlei Schwammverdacht geschöpft. Die Bekl. hat dem Kl. vor dem Kauf Gelegenheit zur Besichtigung mit dem Architekten L. gegeben. Das BG. konnte, wie das schon im Vorprozeß in ausführlicher Behandlung eben dieser Frage geschehen war, die aus der Beweisaufnahme ersichtlichen Tatumstände, ohne daß ihm Rechtsirrtum vorzuwerfen wäre, sehr wohl dahin würdigen, daß sich kein Anhalt für arglistiges Verschweigen von Schwamm oder Schwammverdacht seitens der Vertreter der Bekl. ergebe. Die von der Rev. des Kl. hierzu vorgebrachten Prozeßrügen greifen nicht durch: Sie gründen sich im wesentlichen auf Anführungen und Beweiserbieten im Vorprozeß. Das BG. hätte darauf nur dann einzugehen gehabt, wenn sie im gegenwärtigen Rechtsstreit wiederholt worden wären. Ein Übergehen von Beweiserbieten aus diesem aber ist nicht ersichtlich. Das Verfahren ist hier so gelaufen, daß in den Schriftsätzen allerseits auf die früheren Beweisergebnisse Bezug genommen wurde und daß jede Partei sie in ihrem Sinne zu verwerten suchte. Der Kl. hat aber im zweiten Rechtszuge — und darauf kommt es für die Nachprüfung des Verfahrens des BG. an — nirgends erneute Vernehmung einzeln benannter Zeugen beantragt, sondern nur allgemein auf das Vorbringen im Vorprozeß und in der Vorinstanz Bezug genommen. Es ist ein Erfordernis vernünftiger Prozeßführung, daß eine Partei, wenn sie in einem so langwierig und ausführlich gehandhabten Rechtsstreit noch irgend etwas an Beweisaufnahme neu vorgenommen haben will, das zum Schluß deutlich in bestimmten Beweisanträgen zum Ausdruck bringe. Damit wird eine ganz geringe Anforderung an die Sorgfalt einer Partei gestellt. Geschieht nichts dergleichen, so darf das Gericht die Beweisaufnahme als im Sinne der Beteiligten erschöpfend ansehen. Daher ist kein Prozeßverstoß aus § 286 ZPO. ersichtlich.

(RG., V. ZivSen., U. v. 23. Juni 1938, V 238/37.) [Ba.]

*

52. OLG. — §§ 519, 4 ZPO. Wird die Berufung zunächst schlechthin eingelegt, darauf in der Berufungsbegründung auf einen Teil beschränkt, dann ist für die Wertberechnung der eingeschränkte Antrag maßgebend.

Darüber, ob dann, wenn Berufung zunächst schlechthin, also ohne Ankündigung eines Berufungsantrags und auch ohne jede sonstige Angabe über den Umfang der Berufung, eingelegt ist und nachher in der Berufungsbegründung ein gegenüber dem Beschwerdegegenstande nach dem angefochtenen Urteil beschränkter Berufungsantrag gestellt wird, der Streitwert für den Berufungsrechtszug sich bis zu der Einschränkung nach dem ganzen Beschwerdegegenstande oder nach dem eingeschränkten Antrage bestimmt, sind die Meinungen außerordentlich geteilt, seitdem durch die ZPNov. v. 13. Mai 1924 die frühere Vorschrift des § 519 ZPO., nach der schon die Berufungsschrift selbst die Berufungsanträge mit ihrer Begründung enthalten sollte, dahin geändert worden ist, daß das, also auch die Erklärung, inwieweit das Urteil angefochten werde, auch erst in einer besonderen späteren Berufungsbegründungsschrift geschehen kann (vgl. für die erste Ansicht, also für den vollen Betrag, RG.: JW. 1936, 385 [11a], 821 [37], 2799 [12] (6. ZivSen.); 1937, 1064 [13] (4. ZivSen.

m. Anm. dagegen); für die zweite Ansicht, also den geringeren Betrag, RG.: JW. 1937, 811[5] (1. ZivSen.); OLG. Dresden: HöchstRRspr. 1936 Nr. 1333; OLG. Hamburg: JW. 1936, 2145[24]). Der erk. Sen. schließt sich der zweiten Ansicht an. Der Berufungsstreitwert ist demnach von vornherein nach dem geringeren Betrage der Berufungsanträge zu bestimmen.

(OLG. Naumburg, 7. ZivSen., Beschl. v. 28. Juni 1938, 7 U 238/37.)

*

53. RG. — § 717 ZPO.; § 254 BGB. Der im Rechtsstreit Unterlegene kann im allgemeinen, auch wenn das Urteil gegen ihn nur gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar ist, in der Zustellung einer vollstreckbaren Ausfertigung des Urteils eine Drohung mit der Zwangsvollstreckung sehen, es sei denn, daß der Gläubiger die bindende Erklärung abgibt, nicht vollstrecken zu wollen (RGEntsch. v. 14. Nov. 1931: JW. 1932, 654[16]). Dieser Satz gilt jedoch nicht, wenn der Schuldner trotz der Zustellung der vollstreckbaren Ausfertigung aus den Umständen des Falles erkennen kann und bei der gebotenen sorgfältigen Prüfung erkennen müßte, daß der Gläubiger nicht beabsichtigt, zu vollstrecken.

In einem früheren Rechtsstreit erwirkte die jetzige Bekl. als Kl. am 20. Nov. 1931 gegen die damalige Bekl., die W. & Co. AG. in S. und deren Vorstandsmitglied R. ein Urteil des LG., durch das diese verurteilt wurden, 1. es zur Vermeidung einer für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Geldstrafe oder Haftstrafe zu unterlassen, Rasierklingen von näher angegebener Beschaffenheit gewerbsmäßig herzustellen, feilzuhalten, in Verkehr zu bringen oder zu gebrauchen, 2. der damaligen Kl. über den Umfang der zu 1 gekennzeichneten Handlungen unter Angabe der Abnehmer, Lieferzeiten, Liefermengen und Lieferpreise Rechnung zu legen. Das Urteil wurde für vorläufig vollstreckbar gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 35 000 *RM* erklärt. Die jetzige Bekl. ließ die ihr erteilte vollstreckbare Ausfertigung dieses Urteils der W. & Co. AG. zu Händen ihres damaligen Prozeßbevollmächtigten zustellen, ohne die im Urteil vorgesehene Sicherheit zu leisten. Im zweiten Rechtszuge, in dessen Verlauf über das Vermögen der Aktiengesellschaft das Konkursverfahren eröffnet wurde, und der jetzt klagende Konkursverwalter den Rechtsstreit aufnahm, wurde das vorbezeichnete Urteil des LG. aufgehoben und die Klage abgewiesen. Die dagegen von der jetzigen Bekl. erhobene Rev. wurde zurückgewiesen. Der Kl. nimmt mit der jetzigen Klage die Bekl. auf Schadensersatz in Anspruch mit der Behauptung, die Aktiengesellschaft habe zur Abwendung der ihr aus dem gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbaren Urt. v. 20. Nov. 1931 drohenden Vollstreckung dem Urteil Folge geleistet und die Herstellung der beanstandeten Rasierklingen einstweilen eingestellt, weil sie aus der Zustellung der vollstreckbaren Ausfertigung entnommen habe und habe entnehmen müssen, daß die Bekl. jenes Urteil gegen sie vollstrecken wolle. Der Kl. stützt seinen Schadensersatzanspruch auf § 717 Abs. 2 ZPO., ferner auf § 823 ff. BGB. mit der Begründung, die Bekl. habe dadurch, daß sie zu Unrecht ein Gebrauchsmuster gegen die W. & Co. AG. geltend gemacht habe, widerrechtlich und schuldhaft in deren Gewerbebetrieb eingegriffen, und endlich auf § 1 UnlWG. mit der Behauptung, die Bekl. habe die Gebrauchsmuster, auf die sie sich in dem ersten Rechtsstreit gestützt habe, nur zu dem Zweck eintragen lassen, um die deutsche Rasierklingenindustrie und insbes. die W. & Co. AG. zu vernichten, und habe auch jenes Urteil durch unlautere Mittel erstritten.

Das LG. und das KG. haben den Kl., der mit der vorl. Klage als Teilbetrag des Schadens 50 000 *RM* fordert, mit seiner Klage abgewiesen. Die Rev. führte wegen der Abweisung des Anspruchs aus § 717 ZPO. zur Aufhebung und Zurückverweisung.

1. Der erk. Sen. hält fest an den Rechtsgrundsätzen, die der 9. ZivSen. des RG. in der Entsch. v. 14. Nov. 1931 (JW. 1932, 654[16]) aufgestellt hat. Danach kann im allgemeinen der im Rechtsstreit Unterlegene, auch wenn das Urteil gegen ihn nur gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar ist, in der Zustellung einer vollstreckbaren Ausfertigung des Urteils eine Drohung mit der Zwangsvollstreckung sehen, es sei denn, daß der Gläubiger die bindende Erklärung abgibt, nicht vollstrecken zu wollen. Dem BG. ist darin recht zu geben, daß dieser Satz nicht ausnahmslos gilt, insbes. dann nicht, wenn der Schuldner trotz der Zustellung der vollstreckbaren Ausfertigung aus den Umständen des Falles erkennen kann und bei der gebotenen sorgfältigen Prüfung erkennen müßte, daß der Gläubiger nicht beabsichtigt, zu vollstrecken. Es ist auch nicht zu beanstanden, wenn das BG. sagt, der Sachverhalt rechtfertige nicht die Feststellung, daß die W. & Co. AG. mit der Einstellung der ihr durch das Urteil untersagten Handlungen nur den Zweck verfolgt haben könne, die Vollstreckung des Unterlassungsgebots abzuwenden. Die Ausführungen aber, mit denen das BG. die Annahme begründet, die Bekl. habe der W. & Co. AG. keinen begründeten Anlaß zu der Besorgnis gegeben, daß sie die Vollstreckung des Urteils beabsichtige, unterliegen rechtlichen Bedenken.

Es erscheint schon von vornherein bedenklich, die Grundsätze über mitwirkendes Verschulden des Geschädigten (§ 254 BGB.) zur Beantwortung der zunächst zu prüfenden grundlegenden Frage heranzuziehen, ob den anderen Teil eine Verantwortung für die Schädigung trifft; denn die Bejahung dieser Frage wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß eigenes Verschulden des Verletzten zur Entstehung des Schadens mitgewirkt hat, vielmehr kann das Zusammentreffen der Verantwortung des Schädigers mit dem mitwirkenden Verschulden des Verletzten nur zur Abwägung nach § 254 BGB. führen. Aber auch insoweit, als das BG. eigenes Verschulden der W. & Co. AG. deshalb annimmt, weil sie bei gehöriger Prüfung habe erkennen müssen, daß trotz der Zustellung einer vollstreckbaren Urteilsausfertigung die Bekl. nicht zu vollstrecken beabsichtige, bestehen rechtliche Bedenken. In Verbindung mit der Feststellung, daß dem bei dem LG. in Berlin zugelassenen Prozeßbevollmächtigten die Gepflogenheit des Berliner LG., Urteilsausfertigungen stets auch ohne Antrag mit der Vollstreckungsklausel zu versehen, bekannt gewesen sei, und er auch gewußt habe, daß in Gebrauchsmustersachen eine Zwangsvollstreckung aus vorläufig vollstreckbaren Urteilen des ersten Rechtszuges nicht üblich sei, nimmt das BG. ohne weiteres an, daß die W. & Co. AG. sich bei diesem Prozeßbevollmächtigten hätte erkundigen müssen und, wenn sie nach erhaltener Auskunft noch Zweifel gehabt hätte, bei der Bekl. hätte anfragen müssen. Eine solche Erkundigungspflicht kann jedoch nicht anerkannt werden, vielmehr war es Sache der Bekl., von sich aus der W. & Co. AG., wenn sie ihr eine vollstreckbare Urteilsausfertigung zustellen ließ, zu erklären, daß sie trotzdem aus dem Urteil des LG. nicht vollstrecken werde. Die Sache könnte anders liegen, wenn der Vorstand der Aktiengesellschaft im Zweifel darüber gewesen wäre, ob der Aktiengesellschaft die Zwangsvollstreckung drohe; denn dann hätte er sich erkundigen müssen. Aber das BG. stellt nicht fest, daß er irgendwelche Zweifel gehabt habe, sondern nimmt nur — sich in Widerspruch setzend zu dem am Anfang dieser Entscheidungsgründe erörterten Rechtsgrundsatz — an, die W. & Co. AG. habe aus der Zustellung der vollstreckbaren Urteilsausfertigung nicht ernstlich auf eine Vollstreckungsabsicht der Bekl. schließen können. Entfällt hiernach die vom BG. angenommene Erkundigungspflicht der W. & Co. AG., so entfällt auch seine darauf beruhende Annahme, die Bekl. habe nicht zu erklären brauchen, daß sie keine Vollstreckung beabsichtige, und die daraus gezogene weitere Schlußfolgerung, daß in der Zustellung der vollstreckbaren Ausfertigung „nach der besonderen Lage des Falles" keine Drohung mit der Zwangsvollstreckung gelegen habe. Daß die Aufnahme der Strafandrohung in das Urteil noch nicht als Beginn der Zwangsvollstreckung aufgefaßt werden kann (RGZ. 42, 420), ändert nichts daran, daß die Zustellung des die Strafandrohung enthaltenden Urteils mit der Vollstreckungsklausel als Drohung mit nahe bevorstehender Zwangsvollstreckung aufgefaßt werden konnte. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß die Zwangsvollstreckung erst hätte beginnen können, wenn die Bekl. die Voraussetzung des § 751 Abs. 2 ZPO. erfüllt hätte.

(RG., VI. ZivSen., U. v. 18. Mai 1938, VI 276/37.)

Arbeitsgerichte

54. Die einem Schriftleiter ausgesprochene schriftliche Kündigung muß auch die Angabe der Gründe enthalten. Der Hinweis auf mündlich gemachte Mitteilungen kann die vom Gesetzgeber geforderte schriftliche Darlegung der Gründe nicht ersetzen. †)

Der Kl., der seit 1924 Schriftleiter mit fachwissenschaftlicher Vorbildung ist, ist seit dem 1. April 1927 bei der Bekl. beschäftigt. Am 30. März 1938 kündigte die Bekl. dem Kl. das Dienstverhältnis mit folgendem Schreiben: „Unter Bezugnahme auf unsere seinerzeit bereits mündlich gemachte Mitteilung sehen wir uns zu unserem Bedauern gezwungen, Ihnen Ihre Stellung als Schriftleiter in unserem Verlage zum 30. Sept. d. J. zu kündigen."

Der Kl. macht unter anderem geltend, daß die Kündigung nichtig sei, weil sie der in § 29 SchriftleiterG. bestimmten Form ermangele. Die Gründe seien ihm nicht schriftlich mitgeteilt worden, eine Bezugnahme auf „mündlich gemachte Mitteilungen" könne die Schriftform nicht ersetzen.

Die Bekl. bestreitet die Unwirksamkeit der Kündigung. Da der Kl. die Gründe mündlich erfahren habe, da auch in der schriftlichen Kündigung auf die mündliche Mitteilung der Kündigungsgründe Bezug genommen worden sei, sei dem Formerfordernis des § 29 Genüge geschehen.

Die Kündigung wurde für nichtig erklärt.

Aus Fassung und Inhalt der §§ 29 und 30 SchriftleiterG. ist zu entnehmen, daß die schriftlich ausgesprochene Kündigung auch die Angabe der Gründe enthalten muß. Die Gründe sind ein notwendiger Bestandteil der Kündigung. Der gesetzgeberische Grund für die Vorschrift liegt, wie der bekannte Kommentar von Schmidt-Leonhardt-Gast zum SchriftleiterG. (Anm. 7 zu § 29) besagt, darin, daß nach § 30 die Kündigung eines Schriftleiters wegen der von ihm vertretenen geistigen Haltung nur in besonderen Fällen zulässig sein soll. Dies macht die Nachprüfung der Kündigung notwendig, und eine solche Nachprüfung erfordert die Kenntnis der Gründe. Abgesehen davon, daß schriftlich mitgeteilte Gründe genauer präzisiert zu werden pflegen, hat sich das Berufsgericht ja nicht nur darüber gutachtlich zu äußern, ob die vom Schriftleiter vertretene geistige Haltung gegen die öffentlichen Berufspflichten oder gegen die vereinbarten Richtlinien verstößt, sondern insbes. auch darüber, ob die Kündigung nicht zur Umgehung der Vorschrift des Satzes 1 von § 30 ausgesprochen worden ist, ob also nicht Scheingründe vorgeschoben worden sind. Der Hinweis auf mündlich gemachte Mitteilungen kann die vom Gesetzgeber geforderte schriftliche Darlegung der Gründe nicht ersetzen. Diese Auffassung hat auch der Landesverband Schlesien im Reichsverband der Deutschen Presse in einem Schreiben vom 14. Juni 1938 an den Kl. vertreten. Wie notwendig die schriftliche Angabe der Gründe ist, geht schon daraus hervor, daß vorliegend die Parteien auch schon über den Inhalt der im Februar 1938 lange vor der schriftlichen Kündigung gemachten Mitteilungen streiten. —

Wenn die Bekl. unter Hinweis auf den Kommentar von Schmidt-Leonhardt zum SchriftleiterG. darauf hinweist, daß von Formmangel keine Rede sein könne, „wenn die Angabe der Gründe in einer ungenügenden Weise" erfolge, so ist hierzu zu sagen, daß der Kommentar davon ausgeht, daß die schriftliche Kündigung überhaupt einige Gründe enthält! Auch das ArbG. würde einen Formmangel verneinen, wenn Gründe in einer ungenügenden Weise oder auch wenn etwa unwahre Gründe angeführt werden würden. Die dem Kl. ausgesprochene Kündigung vom 31. März 1938 enthält jedoch gar keine Gründe! Der Hinweis auf mündlich gemachte Mitteilungen kann die schriftliche Darlegung der Gründe keineswegs ersetzen. Wenn das im Oktober 1933 erlassene SchriftleiterG. ausdrücklich schriftliche Darlegung der Gründe verlangt, so hat ein Verstoß gegen diese Vorschrift die Nichtigkeit der Kündigung gemäß §§ 125, 139 BGB. zur Folge.

Demgemäß mußte die Unwirksamkeit der Kündigung ausgesprochen werden, ohne daß das ArbG. die Berechtigung des weiteren Vorbringens zu prüfen brauchte.

(ArbG. Beuthen OS., Urt. v. 27. Juni 1938, Ca 263/38.)

Anmerkung: Der Entsch. ist im Ergebnis und im wesentlichen auch in der Begründung zuzustimmen.

Die Gründe, aus denen das SchriftleiterG. die Angabe des Kündigungsgrundes in der notwendig schriftlichen Kündigung des Schriftleiters zwingend vorschreibt, hat das ArbG. zutreffend wiedergegeben. Man könnte noch darauf hinweisen, daß der besondere Kündigungsschutz des SchriftleiterG., dem auch die Vorschrift des § 29 dient, zur Wahrung der Unabhängigkeit des Schriftleiterberufes erforderlich ist, die durch das SchriftleiterG. begründet wird, damit der Schriftleiter seiner öffentlichen Aufgabe (§ 1 SchriftleiterG.) gerecht werden kann.

Dem ArbG. ist auch darin zuzustimmen, daß die vorgeschriebene Angabe des Kündigungsgrundes im Kündigungsschreiben nicht durch den Hinweis auf mündliche Erklärungen ersetzt werden kann.

Nicht einverstanden erklären kann ich mich mit der Auffassung des ArbG., daß mit der Angabe der Gründe in ungenügender Weise oder mit der Angabe unwahrer Gründe der Vorschrift des § 29 SchriftleiterG. genügt werden könne. Wie im Urteil richtig ausgeführt worden ist, soll der Kündigungsgrund im Kündigungsschreiben niedergelegt werden, damit eine Prüfung möglich ist, ob dem Schriftleiter nicht entgegen § 30 SchriftleiterG. wegen der in der Zeitung von ihm vertretenen geistigen Haltung gekündigt worden ist. Der Kündigungsgrund muß also so genau angegeben werden, daß diese Prüfung möglich ist. Ist sie nicht möglich, so kann die Angabe des Grundes auch der Vorschrift des § 29 nicht genügen, so daß die ganze Kündigung unwirksam ist. Dasselbe gilt von unwahren Angaben. § 30 will den wahren Kündigungsgrund erfassen. Dieser muß daher im Kündigungsschreiben angegeben sein, sonst verfehlt die Vorschrift des § 29 völlig ihren Sinn, da das Kündigungsschreiben dann für die Feststellung des wahren Kündigungsgrundes wertlos wäre. Die Auffassung des ArbG. ist auch in einer Weise formalistisch, wie wir sie heute nicht mehr gut heißen können. Jede Formvorschrift ist nur dann gerechtfertigt, wenn ein Sinn dahintersteht. Andernfalls bedeutet sie Herrschaft einer öden Form, wie sie z. B. gerade in jüngster Zeit wiederholt hinsichtlich der Formvorschriften für Testamente vor Erlaß des neuen Ges. v. 31. Juli 1938 beklagt worden ist. Das letztere würde aber für den § 29 gelten, wollte man lediglich fordern, daß irgendein Grund für die Kündigung angegeben wird, ohne daß es darauf ankäme, ob dies nun auch der richtige Grund ist.

Es scheint mir auch des nationalsozialistischen Gesetzgebers nicht recht würdig, sich, wenn er Angabe des Kündigungsgrundes fordert, mit unwahren Angaben zu begnügen, ganz abgesehen davon, daß dies auch nicht unseren sittlichen Anschauungen entsprechen kann, die die Rechtsanwendung beherrschen müssen. Schon aus rechtserzieherischen Gründen ist es nötig, der schriftlichen Kündigung die Wirkung zu versagen, wenn darin unwahre Angaben über den Kündigungsgrund enthalten sind.

AGR. Herbert Becker, Berlin.

Reichsfinanzhof

[× Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt]

× 55. §§ 4, 5 EinkStG. 1934. Die Steuerfreiheit eines Sanierungsgewinns setzt voraus, daß der Schuldner auch sanierungsbedürftig war. Ob dies der Fall ist, muß nach Gesamtleistungsfähigkeit des schuldnerischen Betriebes, insbes. seiner Liquidität und Rentabilität zur Zeit der Sanierung geprüft werden.

Es ist nicht zu beanstanden, wenn das FinGer. die steuerliche Anerkennung einer von der Gläubigerseite durchgeführten Sanierung eines Schuldners davon abhängig macht, daß der Schuldner vor dem Schuldennachlaß überhaupt sanierungsbedürftig war (vgl. Urt. des RFH. v. 2. März 1937, I A 305/36: RFH. 41, 111 = RStBl. 1937, 626 = StW. 1937 Nr. 209 = JW. 1937, 1279[45]). Ob aber der Schuldner sanierungsbedürftig ist, kann nicht, wie es das FinGer. in der Hauptsache tut, lediglich danach entschieden werden, ob sein Betrieb in der Zeit der Sanierung noch einen Überschuß abwarf, verhältnismäßig hohe Umsätze erzielte und nach der Sanierung mit angemessenen Gewinnen arbeitete. Bei der Feststellung der Sanierungsbedürftigkeit ist vielmehr von dem inneren Wert des Betriebsvermögens sowie der Gesamtleistungsfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens auszugehen und festzustellen, ob es über die nötigen flüssigen Mittel für die Aufrechterhaltung und Weiterführung des Betriebs verfügte, und ob seine Leistungsfähigkeit für die Zukunft die Erwartung angemessener Gewinne rechtfertigte, die den Betriebsführer instand setzten, seinen Verbindlichkeiten nachzukommen. Dabei sind im wesentlichen entscheidend die Lage des Betriebs sowie die wirtschaftlichen Verhältnisse und ihre Entwicklungsaussichten zur Zeit der Sanierungsverhandlungen und zur Zeit der Sanierung. Bei der Erörterung der Liquidität des Unternehmens kommt es aber nicht nur auf das Verhältnis der augenblicklichen flüssigen Mittel zu den kurzfristigen Schulden an, sondern auch auf die in der nächsten Zeit zu erwartenden Ausgaben und fälligen Verbindlichkeiten sowie die zu erwartenden Einnahmen und die Verkäuflichkeit der vorhandenen Warenbestände.

Eine Prüfung der Rentabilität des Betriebs setzt aber neben einer Analyse der Bilanzen sowie der Gewinn- und Verlustrechnungen der letzten Jahre auch eine Klarstellung voraus, wie der Betrieb ohne ein Entgegenkommen der Gläubiger in der Zukunft gearbeitet hätte, und ob er leistungsfähig genug gewesen wäre, die seinen Verbindlichkeiten entsprechenden Erträge zu erzielen. Ergibt sich so, daß bei dem Unternehmen, vom kaufmännischen Gesichtspunkt aus betrachtet, ohne Eingreifen der Gläubiger und ohne Schuldnachlaß eine ordnungsmäßige und ertragsfähige Weiterführung unmöglich war, so kann man im allgemeinen die Sanierungsbedürftigkeit annehmen. Es ist bei einem Entgegenkommen seitens der Gläubiger zu bedenken, daß im Wirtschaftsleben kein Gläubiger einem Schuldner etwas zu schenken pflegt, und daß von einem Gläubiger auf einen Forderungsbetrag in der Regel nur dann verzichtet wird, wenn er lediglich auf dem Papier steht, also mit seiner Bezahlung nicht mehr zu rechnen ist, während durch ein Entgegenkommen die Erhaltung und künftige Weiterführung des Betriebs gesichert werden soll (vgl. auch Becker: StW. 1937 Sp. 1064, 1065). Da aber im vorl. Fall das FinGer. die Frage der Sanierungsbedürftigkeit des Schuldners einseitig und im wesentlichen unter Bezugnahme auf den Überschuß seines Betriebes im Jahre 1934 und die Steigerung der Umsätze verneint hat, ohne die übrigen Verhältnisse zur Zeit der Sanierung, namentlich die Flüssigkeit und Rentabilität, eingehender zu prüfen, war die Vorentscheidung aufzuheben. Die Sache ist zur erneuten Prüfung an das FinGer. zurückzuverweisen.

(RFH., 6. Sen., Urt. v. 23. März 1938, VI 95/38.)

*

× **56. §§ 4, 5 EinkStG. 1934; § 11 Ziff. 4 KörpStG. 1934. Voraussetzung der Freistellung eines Sanierungsgewinns ist auch die Sanierungsbedürftigkeit des Schuldners. Sanierungsbedürftigkeit ist aber in der Regel anzunehmen, es sei denn, daß die Gläubiger sich über wichtige Tatumstände geirrt oder wirtschaftlich unrichtig geurteilt haben.**

Für die Freilassung des Sanierungsgewinns ist nach § 11 Ziff. 4 KörpStG., der die Frage der Sanierungsgewinne jetzt einheitlich geregelt hat, entscheidend, ob Schulden zum Zweck der Sanierung ganz oder teilweise erlassen worden sind. Es muß also beim Erlaß beim Gläubiger das Motiv maßgebend mitgewirkt haben, daß der Schuldner durch den Erlaß der Schuld in den Stand gesetzt werden solle, wirtschaftlich weiter zu existieren. Die Rspr. hat als eine Art selbstverständliche weitere Voraussetzung aufgestellt, daß der Schuldner auch sanierungsbedürftig sein müsse (Entsch. des RFH. I A 305/36 v. 2. März 1937: RFH. 41, 111 = StW. 1937 Nr. 209 = JW. 1937, 1279[45]). Der erk. Sen. tritt dem bei, ist allerdings der Meinung, daß diese Anforderung nicht zu eng gehandhabt werden darf und daß insbes. eine Sanierungsbedürftigkeit auch dann vorliegen kann, wenn etwa nur kleinere Gewinne in Betracht kommen. Das Entscheidende ist, daß nach der ganzen Sachlage der Gläubiger damit rechnen muß, daß der Schulderlaß notwendig ist, um dem Schuldner das weitere wirtschaftliche Bestehen zu ermöglichen. Der Mangel der Sanierungsbedürftigkeit wird also in der Regel nur dann eine Rolle spielen, wenn der Gläubiger entweder sich über wichtige Umstände geirrt hat oder wenn er wirtschaftlich unrichtig geurteilt hat. Letzteres anzunehmen wird man etwas zurückhaltend sein müssen, da der Gläubiger im allgemeinen bei derartigen Verhandlungen die Lage des Schuldners eher zu günstig beurteilt.

(RFH., 6. Sen., Urt. v. 30. März 1938, VI 194/38.)

*

57. § 4 Abs. 1 Ziff. 4 KörpStG. Bausparkassen sind keine Sparkassen i. S. des § 4 Abs. 1 Ziff. 4 KörpStG.

(RFH., 1. Sen., Urt. v. 10. Mai 1938, I 103/38.)

*

58. § 4 Abs. 1 Ziff. 6 KörpStG.; § 17 StAnpG. Für die im wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb beschäftigten Arbeitskräfte können nur die tatsächlich geleisteten Bar- und Sachaufwendungen als Betriebsausgaben (Arbeitslohn) abgezogen werden.

Der StPfl. ist als eingetragener Verein eine rechtsfähige Personenvereinigung, die nach ihrem satzungsmäßigen Hauptzweck einschließlich der Schwesternstation (Diakonissenwerk) als gemeinnützig i. S. des § 4 Abs. 1 Ziff. 6 KörpStG. anerkannt wurde. Als wirtschaftliche Geschäftsbetriebe, die über den Rahmen einer Vermögensverwaltung hinausgehen, sind unbestritten zwei Erholungsheime und ein Buchverlag vorhanden. Streitig ist die Höhe des steuerpflichtigen Gewinns, den der BeschwF. aus dem Erholungsheim A. erzielt hat. Dieser Gewinn wurde auf 2350 *RM* berechnet. Der BeschwF. beantragte noch den Abzug von 7800 *RM* als Vergütung für etwa 10—14 im Erholungsheim beschäftigte Schwestern. Der Pflichtige macht für den Gesamtverband und für die einzelnen Unternehmen gesonderte Buchabschlüsse. In der Verlust- und Gewinnrechnung des Erholungsheims A. ist der Aufwand für „Dienste der Schwestern" mit 7800 *RM* und beim Schwesternheim der gleiche Betrag unter den Einnahmen aufgeführt. Aus dieser buchmäßigen Behandlung schließt das FinGer., daß das Erholungsheim tatsächlich keine Aufwendungen für die in seinem Heim tätigen Schwestern mache, sondern daß nur rechnerisch eine solche Ausgabe angenommen sei.

Auf die RBeschw. des StPfl. war die Sache an das FinA. zurückzuverweisen.

Unterhält eine Körperschaft, bei der die gesetzlichen Voraussetzungen der Gemeinnützigkeit erfüllt sind, einen über eine Vermögensverwaltung hinausgehenden wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb, dann ist sie nach § 4 Abs. 1 Ziff. 6 Satz 2 KörpStG. insoweit steuerpflichtig. Die gemeinnützige Körperschaft selbst bezieht dann als steuerpflichtige Rechtsperson durch ihren wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb steuerpflichtige Einkünfte. Daher stehen sich die steuerbefreite Körperschaft und ihr wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb steuerlich nicht etwa wie eine öffentlich-rechtliche Körperschaft und ihr Betrieb gewerblicher Art i. S. des § 1 Abs. 1 Ziff. 6 KörpStG. als zwei getrennte StPfl. gegenüber. Beim Bestehen eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs ist vielmehr die gemeinnützige Körperschaft persönlich körperschaftsteuerpflichtig, ihre Steuerpflicht erstreckt sich jedoch in sachlicher Hinsicht nur auf die aus dem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb erzielten Einkünfte, während die mit dem eigentlichen steuerbegünstigten Zweck zusammenhängenden Einnahmen und Ausgaben für die Besteuerung außer Betracht bleiben.

Mit dieser Rechtslage ist hier die Annahme des FinGer. unvereinbar, daß der steuerbefreite Gesamtverband oder das steuerbefreite Schwesternheim des BeschwF. dem steuerpflichtigen Erholungsheim des BeschwF. die Gebäude und die Arbeitskraft der Schwestern unentgeltlich zur Verfügung gestellt hätten. Für die Gewinnermittlung ist das dem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb dienende Betriebsvermögen aus dem sonstigen Vermögen der als gemeinnützig anerkannten Körperschaft auszuscheiden und in die steuerliche Vermögensübersicht oder Bilanz zu übernehmen. Ebenso sind die Einnahmen und Ausgaben, die im wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb entstanden sind, von den sonstigen Ausgaben zu trennen. Es ist deshalb auch nicht richtig, wenn der BeschwF. die dem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb Erholungsheim dienenden Gebäude in der für den steuerfreien Gesamtverband aufgestellten Bilanz führt und dem Erholungsheim eine Miete in Rechnung stellt. Denn diese Miete würde der StPfl. sich selbst berechnen. Ebensowenig kann er mit steuerlicher Wirkung für die im Erholungsheim beschäftigten Schwestern durch den steuerfreien Gesamtverband an das steuerpflichtige Erholungsheim, also wieder an sich selbst, eine Lohnforderung stellen. In der Bilanz oder Vermögensübersicht des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs müssen sämtliche dem Betrieb dienenden Wirtschaftsgüter wie Gebäude, Inventar usw. aufgeführt und nach den Vorschriften der §§ 6, 7 EinkStG. bewertet werden. Weiter muß aber auch dem StPfl. zugestanden werden, daß er die tatsächlichen Aufwendungen, die ihm für die im Erholungsheim tätigen Schwestern während der Dauer ihrer Beschäftigung erwachsen (Sachaufwendungen wie Beköstigung, Wohnung, Kleidung und Baraufwendungen wie die gezahlten Taschengelder, Urlaubsgelder u. a.) auch bei der Gewinnermittlung für den wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb als Betriebsausgaben berücksichtigt. Dabei ist es gleichgültig, ob der StPfl. diese Aufwendungen während der Dauer der Beschäftigung der Schwestern im Betriebe durch das Erholungsheim selbst oder durch das Schwesternheim leistet. Dagegen können nicht irgendwelche geschätzten Beträge wie fiktive Löhne oder geschätzte Verrechnungsbeträge zwischen den beiden Abteilungen des StPfl. steuerlich als Betriebsausgaben anerkannt werden. Es kommt vielmehr nur auf die tatsächlich geleisteten Aufwendungen des StPfl. für die in dem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb beschäftigten Arbeitskräfte an.

(RFH., Sen. 6 a, Urt. v. 31. Mai 1938, VI a 22/36 S.)

*

59. § 12 Abs. 4 Ziff. 1 a—c UrkStG. Betrieb i. S. des § 12 Abs. 4 Ziff. 1 a—c UrkStG. ist, abgesehen von dem land- und forstwirtschaftlichen Betrieb, nur der Gewerbebetrieb, nicht aber die Tätigkeit im freien Beruf oder im Beamtenberuf. †)

Die BeschwF. hat Kraftfahrzeuge an einen Rechtsanwalt, einen Arzt und einen Gerichtsvollzieher verkauft und ist wegen der Beurkundung der Kaufverträge zur Kaufvertragsteuer gemäß § 12 Abs. 3 Ziff. 2 UrkStG. herangezogen worden.

Einspruch und Berufung der BeschwF., mit denen sie Steuerfreistellung aus § 12 Abs. 4 Ziff. 1 b UrkStG. begehrte, wurden **als unbegründet zurückgewiesen.**

Auch die RBeschw. ist unbegründet.

Nach § 12 Abs. 4 Ziff. 1 b UrkStG. ist von der Besteuerung ausgenommen ein Kaufvertrag über einen Gegenstand, der zum Gebrauch oder Verbrauch im Betrieb des Käufers erworben wird. Nach der Gesetzesbegründung zu § 12 UrkStG. (RStBl. 1936, 482) ist die Fassung des § 12 Abs. 4 Ziff. 1 UrkStG. der Ausdrucksweise des UmsStG. und der hierzu ergangenen DurchfBest. angeglichen. Es darf aber nicht übersehen werden, daß, wie die Gesetzesbegründung weiter hervorhebt, die Befreiungsvorschrift des § 12 Abs. 4 UrkStG. sich in ihren Grundzügen den in fast allen Landesstempelgesetzen beim Kaufstempel zum Schutz des gewerblichen Verkehrs vorgesehenen weitgehenden Stempelbefreiungsvorschriften anschließen will. Schon hieraus ergibt sich, daß unter „Betrieb" i. S. des § 12 Abs. 4 Ziff. 1 a—c UrkStG. nur ein Gewerbebetrieb, nicht aber die Tätigkeit im freien Beruf oder im Beamtenberuf zu verstehen ist. Weiter spricht für diese Auslegung die Bestimmung im Schlußabsatz des § 12 Abs. 4 Ziff. 1 UrkStG., wonach als Betrieb auch der land- und forstwirtschaftliche Betrieb mit seinen Unterarten (§ 28 RBewG.) gilt. Hierzu bemerkt die Gesetzesbegründung (RStBl. 1936, 482) noch besonders: „Auf Grund der Befreiungsvorschrift scheiden zahlreiche Vorgänge des gewerblichen Verkehrs für die Besteuerung aus, wobei hervorzuheben ist, daß land- und forstwirtschaftliche Betriebe den Gewerbebetrieben gleichgestellt sind." Abgesehen von dem land- und forstwirtschaftlichen Betrieb kann also als Betrieb i. S. des § 12 Abs. 4 Ziff. 1 UrkStG. nur der Gewerbebetrieb angesehen werden. In gleichem Sinn Eiffler, „UrkStG.", S. 233 Anm. 33; Boruttau, „UrkStG.", 3. Aufl., S. 132, 133; Ringelmann-Freudling S. 121. Da in den vorl. Fällen die Käufer Angehörige freier Berufe oder Beamte sind, kann nicht davon die Rede sein, daß die Kaufgegenstände (Kraftfahrzeuge) zum Gebrauch im gewerblichen Betrieb der Käufer erworben sind.

Zutreffend hat daher das FinGer. die Befreiungsvorschrift des § 12 Abs. 4 Ziff. 1 b UrkStG. für nicht anwendbar erklärt.

(RFH., 2. Sen., Urt. v. 17. Juni 1938, II 432/37 S.)

*

60. § 12 Abs. 4 Ziff. 1 a—c UrkStG. Als „Betrieb" (Gewerbebetrieb) i. S. des § 12 Abs. 4 Ziff. 1 a—c UrkStG. gilt stets und in vollem Umfang die Tätigkeit einer Kapitalgesellschaft. †)

Durch Kaufvertrag vom 9. März 1937 hat die Firma A. OHG. in Liquidation an die Interessenvertretung X. Webereien GmbH. Maschinen für 40 000 *RM* verkauft. Der Vertrag wurde gemäß § 12 Abs. 3 Ziff. 2 UrkStG. zu einer Kaufvertragsteuer von 200 *RM* herangezogen. Der Einspruch der Interessenvertretung, mit dem sie Steuerfreistellung auf Grund der Befreiungsvorschrift des § 12 Abs. 4 Ziff. 1 c UrkStG. begehrte, wurde als unbegründet zurückgewiesen. Auf ihre Berufung hat das FinGer. sie nach der vorerwähnten Befreiungsvorschrift steuerfrei gestellt. Hiergegen richtet sich die RBeschw. des FinGer. Sie kann keinen Erfolg haben, da der Entsch. des FinGer. im Ergebnis beizutreten ist.

Nach § 12 Abs. 4 Ziff. 1 c UrkStG. ist von der Besteuerung ausgenommen ein Kaufvertrag über einen Gegenstand, der zur Weiterveräußerung im Betrieb des Käufers bestimmt ist. Daß im vorl. Fall die Maschinen zur Weiterveräußerung bestimmt sind, mag anerkannt werden. Streitig aber ist, ob es sich hierbei um eine Weiterveräußerung „im Betrieb" des Käufers handelt.

In der Entsch. II 432/37 (vorstehend Nr. 59) hat der Senat dargelegt, daß unter „Betrieb" i. S. des § 12 Abs. 4 Ziff. 1 a—c UrkStG. nur der Gewerbebetrieb zu verstehen ist. Nach § 2 Abs. 2 Ziff. 2 GewStG. gilt als Gewerbebetrieb stets und in vollem Umfang die Tätigkeit der Kapitalgesellschaften. Nach § 56 Abs. 1 Ziff. 1 RBewG. bilden einen gewerblichen Betrieb insbesondere alle Wirtschaftsgüter, die Kapitalgesellschaften gehören, wenn diese ihre Geschäftsleitung oder ihren Sitz im Inland haben. Unter Berücksichtigung der Auslegungsgrundsätze des § 1 StAnpG. kann die Frage, ob die Tätigkeit einer Kapitalgesellschaft als Gewerbebetrieb zu behandeln ist, für das UrkStG. nur im gleichen Sinne wie für das GewStG. und das RBewG. entschieden werden. Dies führt dazu, die Tätigkeit der Interessenvertretung, da sie eine GmbH., also eine Kapitalgesellschaft ist, auch urkundensteuerlich als Gewerbebetrieb zu behandeln. Mithin sind die Maschinen als zur Weiterveräußerung im Betrieb des Käufers bestimmt anzusehen.

Hat hiernach das FinGer. im Ergebnis zutreffend die Befreiungsvorschrift des § 12 Abs. 4 Ziff. 1 c UrkStG. für anwendbar erklärt, so ist die RBeschw. des FinGer. als unbegründet zurückzuweisen.

(RFH., 2. Sen., Urt. v. 17. Juni 1938, II 466/37 S.)

*

61. § 12 Abs. 4 Ziff. 1 b UrkStG. Die Befreiungsvorschrift des § 12 Abs. 4 Ziff. 1 b UrkStG. ist nur dann anwendbar, wenn der Kaufgegenstand in der Absicht erworben worden ist, ihn im Betrieb des Käufers zu gebrauchen oder verbrauchen; der spätere Wegfall dieser Absicht ist bedeutungslos. †)

Durch Vertrag vom 6. und 7. April 1937 erwarb die BeschwF. (einer Aktiengesellschaft) von Frau B. deren Autobusunternehmen für 41 000 *RM*. Das FinA. hat den Vertrag mit 208 *RM* zur Urkundensteuer herangezogen, wovon auf den 26 000 *RM* betragenden Erwerbspreis von vier mitverkauften Autobussen (5 v. T. von 26 000 *RM* gemäß § 12 Abs. 3 Ziff. 2 UrkStG.) 130 *RM* entfallen.

Einspruch und Berufung der BeschwF., mit denen sie Steuerfreistellung in Höhe von 130 *RM* gemäß § 12 Abs. 4 Ziff. 1 b UrkStG. begehrte, blieben erfolglos.

Hiergegen richtet sich die RBeschw.

Nach § 12 Abs. 4 Ziff. 1 b UrkStG. sind von der Besteuerung ausgenommen Gegenstände, die zum Gebrauch oder Verbrauch im Betrieb des Käufers erworben sind. Die Gegenstände müssen also mit der Absicht des Gebrauchs oder Verbrauchs im Betrieb erworben worden sein; der spätere Wegfall dieser Absicht ist bedeutungslos (in gleichem Sinne Eiffler, „UrkStG.", S. 236 Anm. 38 a; vgl. auch Boruttau, „UrkStG.", 3. Aufl., S. 134; Keßler, „UrkStG.", S. 158). Es ist daher im vorl. Falle nicht von ausschlaggebender Bedeutung, ob die Aktiengesellschaft die vier Autobusse, wie das FinGer. annimmt, bisher in ihrem Betrieb noch nicht verwendet haben soll. Maßgebend ist allein, ob die Aktiengesellschaft bei dem Erwerb der Autobusse die Absicht gehabt hat, sie in ihrem Betrieb zu gebrauchen. Dies sieht der Senat in freier Würdigung nach den glaubwürdigen Angaben der BeschwF. in ihrem Schreiben vom 4. Mai 1937 als erwiesen an. Hiernach hat die Aktiengesellschaft die Autobusse „zu dem gleichen Zwecke, wie sie bisher vom Vorbesitzer benutzt worden sind", erworben. § 12 Abs. 4 Ziff. 1 b UrkStG. ist somit hier anwendbar.

Unter Aufhebung der Vorentscheidungen ist daher die BeschwF. von der Urkundensteuer in Höhe von 130 *RM* freizustellen.

(RFH., 2. Sen., Urt. v. 10. Juni 1938, II 535/37 S.)

*

62. § 12 Abs. 1, Abs. 3, Abs. 4 Ziff. 1 b UrkStG.

1. Beim Kauf eines Handelsgeschäfts oder eines sonstigen Unternehmens im ganzen richtet sich die Urkundensteuerpflicht nach der Art der einzelnen veräußerten Gegenstände.

2. Soweit zu dem Handelsgeschäft oder sonstigen Unternehmen Gegenstände (nicht Rechte) gehören, die zum Gebrauch oder Verbrauch im Betrieb des Käufers erworben sind, ist Steuerfreiheit gegeben. †)

Am 12. bis 14. Nov. 1936 schlossen die VAG. und die Firma N. einen Kaufvertrag. N. verkauft an VAG. den gesamten Betrieb der XAG., gelegen auf dem Z.-Grundstück dieser Firma, und zwar alle Gegenstände, Gebäude und Einrichtungen, das gesamte Inventar und die Vorräte, Brücken, Dückdalben und Uferbefestigungen, Gleisanlagen und alles Zubehör, zwei Lokomotiven, soweit diese Gegenstände entweder der XAG. oder N. gehören. Inbegriffen ist der Miteigentumsanteil an den Gegenständen, an denen die Deutsche Y.-Mineralöl-Industrie GmbH. beteiligt ist. Die VAG. tritt in sämtliche Rechte und Pflichten der von der XAG. geschlossenen Verträge ein, und zwar mit schuldbefreiender Wirkung für alle sich aus diesen Verträgen für die XAG. ergebenden Verpflichtungen. Auch verkauft N. an die VAG. die Motorschiffe einschließlich des gesamten Inventars. Der Kaufpreis beträgt 1 750 000 *RM*. Außerdem enthält der Vertrag noch Sonderbestimmungen, einen Schiedsvertrag usw. Das FinA. forderte für den Vertrag:

a) die Kaufvertragsteuer gemäß § 12 Abs. 3 Ziff. 2 UrkStG. von 5 v. T. von 1 750 000 *RM* = 8750 *RM*,

b) die Vertragsteuer gemäß § 20 Abs. 2 Ziff. 2 UrkStG. von 3 *RM*.

Einspruch und Berufung, mit denen N. Steuerbefreiung aus § 12 Abs. 4 Ziff. 1 b UrkStG. begehrte, blieben erfolglos.

Hiergegen richtet sich die von N. — unter Beitritt der VAG. — erhobene RBeschw. Die RBeschw. muß zur Aufhebung der Vorentscheidung führen.

Nach dieser Vorschrift ist von der Besteuerung ausgenommen ein Kaufvertrag über einen Gegenstand, der zum Gebrauch oder Verbrauch im Betrieb des Käufers erworben wird. Nach der Gesetzesbegründung zu § 12 UrkStG. (RStBl. 1936, 482) ist die Fassung des § 12 Abs. 4 Ziff. 1 UrkStG. der Ausdrucksweise des UmsStG. und der hierzu ergangenen DurchfBest. (vgl. § 11 UmsStDurchfBest.) angeglichen. Es darf aber hierbei nicht übersehen werden, daß, wie die Gesetzesbegründung ausdrücklich hervorhebt,

die Befreiungsvorschrift des § 12 Abs. 4 UrkStG. sich in ihren Grundzügen den in fast allen Landesstempelgesetzen beim Kaufstempel zum Schutz des gewerblichen Verkehrs vorgesehenen weitgehenden Stempelbefreiungsvorschriften anschließen will. Hieraus ergibt sich folgendes:

§ 12 UrkStG. bezieht sich auf Kaufverträge i. S. des bürgerlichen Rechts. Gegenstand des Kaufs kann auch ein Sachinbegriff, ein Handelsgeschäft oder ein sonstiges Unternehmen im ganzen sein. Gegenstand der Veräußerung ist in Fällen dieser Art nicht der abstrakte Sachinbegriff; sondern veräußert werden die einzelnen zu dem Geschäft bzw. dem Unternehmen gehörenden Gegenstände (Sachen und Rechte). Die Steuerpflicht richtet sich daher nach der Art der einzelnen zu dem veräußerten Geschäftsbetrieb gehörenden Gegenstände (vgl. Eiffler, „UrkStG.", S. 230 Anm. 27; Boruttau, „UrkStG.", 3. Aufl., S. 119 Anm. 4, S. 122 Anm. 7). Gehören z. B. zu dem verkauften Geschäftsbetrieb Grundstücke, so sind die Grundstücksveräußerungen der Urkundensteuer (Kaufsteuer aus § 12) nicht unterworfen, da es sich hierbei um Rechtsvorgänge handelt, die unter das GrErwStG. fallen (§ 4 Abs. 1 Ziff. 6 UrkStG.). Im übrigen ist der Verkauf des Handelsgeschäfts nach § 12 Abs. 3 Ziff. 1 und 2 UrkStG. zu versteuern, soweit nicht die Befreiungsvorschrift des § 12 Abs. 4 UrkStG. der Besteuerung entgegensteht. Da das FinGer. diese Gesichtspunkte verkannt hat, ist seine Entsch. aufzuheben. Das FinGer., an das die Sache zur anderweiten Entsch. zurückverwiesen wird, wird hiernach die Steuerpflicht der nicht bei den Akten befindlichen Urkunde vom 12. bis 14. Nov. 1936 erneut zu prüfen haben.

Hinsichtlich des § 12 Abs. 4 Ziff. 1 b UrkStG. wird folgendes zu berücksichtigen sein: Die Anwendbarkeit dieser Befreiungsvorschrift ist nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Käufer den ganzen Betrieb von dem bisherigen Betriebsinhaber erwirbt. Unerheblich ist es, ob der Käufer den Betrieb zur Zeit des Vertragsschlusses bereits ausübt, oder ob er die Gegenstände zum Aufbau des Betriebs erwirbt, ob er also den Betrieb erst eröffnen oder den schon bestehenden fortsetzen will (Eiffler S. 237; Boruttau S. 134). Der Begriff „Gegenstand" i. S. der Steuerbefreiungsvorschrift des § 12 Abs. 4 Ziff. 1 UrkStG. umfaßt keine Rechte, wie der Senat in dem inzwischen ergangenen Urteil II 158/37 v. 18. März 1938 (RFH. 43, 262 = Kartei, Rechtsspr. 5 zu § 12 UrkStG. = JW. 1938, 1760[47]) entschieden hat. Da es nach dem Schlußsatz des § 12 Abs. 4 Ziff. 1 UrkStG. für die Anwendung dieser Ausnahmevorschriften nicht erforderlich ist, daß ihre Voraussetzungen aus der Urkunde hervorgehen, ist nachträgliche Preistrennung noch möglich hinsichtlich der Gegenstände, die zum Gebrauch oder Verbrauch im Betrieb des Käufers erworben sind.

(RFH., 2. Sen., Urt. v. 10. Juni 1938, II 283/37 S.)

Anmerkung zu 59—62: Die Rspr. des RFH. zum UrkStG. ist für Notare von besonderer Bedeutung, und in dieser Entwicklung nehmen die berichteten Entsch. eine wichtige Stelle ein. Gegenüber der Stellungnahme von Eiffler bringen sie zwar keine Neuerungen, aber es ist erfreulich, daß nun die vom Gesetzeswortlaut notwendigerweise offen gelassenen Lücken durch die Rspr. immer weiter geschlossen werden. Es darf gern festgestellt werden, daß dies in einer den Bedürfnissen der Wirtschaft gerecht werdenden Weise geschieht, und da der Sachbearbeiter des RFinMin. die gleiche Auffassung vertritt, so kann wohl mit einer endgültigen und festen Grundlage gerechnet werden.

Was unter „Betrieb" i. S. des § 12 Abs. 4 Ziff. 1 a—c UrkStG. zu verstehen ist, sollte auf den ersten Blick nicht mehr zweifelhaft erscheinen, nachdem ja auch sonst festgestellt ist, daß die Angehörigen freier Berufe nichts „betreiben", ebensowenig wie ein Beamter. „Betrieb" ist also nur Gewerbebetrieb oder Land- oder Forstwirtschaft. Die immer stärker hervortretende Abstimmung der Urkundensteuer auf die Begriffe anderer Steuergesetze führt aber weiter dazu, daß eine Kapitalgesellschaft auch im Sinne des UrkStG. stets einen „Betrieb" hat, ebenso wie sie im Sinne des RBewG. nur Betriebsvermögen und im Sinne des KörpStG. nur Einkünfte aus Gewerbebetrieb hat.

In der ersten Zeit wurde es wiederholt streitig, ob die Befreiungsvorschrift nur dann eingreift, wenn der Erwerber schon vor dem Erwerb einen „Betrieb" hat, oder ob es genügt, wenn der Betrieb mit den erworbenen Gegenständen erst begonnen werden soll. Auch diese Frage ist nun — wiederum in übereinstimmung mit Eiffler — in dem weiteren Sinne entschieden worden.

Nur einer zustimmenden Hervorhebung bedürfen schließlich die beiden Grundsätze, daß das weitere Schicksal der Gegenstände im Betriebe des Erwerbers unerheblich ist, und daß gegebenenfalls eine Zerlegung des Kaufpreises erfolgen muß, wenn außer „Gegenständen" auch andere Werte, wie z. B. Rechte veräußert sind.

Rechtsanwalt u. Notar Dr. Delbrück, Stettin,
Fachanwalt für Steuerrecht.

Preußisches Oberverwaltungsgericht

63. § 57 ZustG. Wegerecht. Wegeeinziehung.

I. Die Einziehung eines öffentlichen Weges ist nur dann zulässig, wenn Gründe des öffentlichen Interesses dafür sprechen. Wenn gleichzeitig in derselben Richtung verlaufende private Interessen vorhanden sind, so sind auch sie mitzuberücksichtigen.

II. Ein für die Wegeeinziehung i. S. des § 57 ZustG. sprechendes öffentliches Interesse liegt auch dann vor, wenn diese Maßnahme geeignet ist, die landwirtschaftliche Erzeugung zu fördern. †)

Der Amtsvorsteher als Ortspolizeibehörde in T. erließ eine Bekanntmachung, daß der Fußweg zum Verbindungsweg Be.—Bo., der mitten durch eine Viehweide der S.schen Güterdirektion führe, dem öffentlichen Verkehr entzogen werden solle. Die von den Kl. nach erfolglosem Einspruch hiergegen im Verwaltungsstreitverfahren erhobene Klage wurde vom KrVerwGer. abgewiesen. Auch die Berufung der Kl. hatte keinen Erfolg. In seinem Urteil wog das BezVerwGer. die für und gegen die Einziehung sprechenden Interessen öffentlicher und privater Art gegeneinander ab und kam zu dem Ergebnis, daß das öffentliche Interesse an der landwirtschaftlichen Nutzung des Wegegeländes und an der unbeschränkten Nutzung des beiderseits angrenzenden Weidelands gegenüber dem Interesse an der bis dahin vorhandenen Abkürzung von 300 Meter überwiege.

Gegen diese Entsch. haben die Kl. Rev. eingelegt und ausgeführt: Es handle sich nicht auf beiden Seiten um private Interessen gemischt mit Interessen von öffentlicher Bedeutung, sondern auf seiten der Kl. um öffentliche Interessen und auf seiten des Bekl. um rein private Interessen. Anlaß für den Beschluß des Amtsvorstehers sei ein Antrag der privaten S.schen Güterdirektion gewesen. Das OVG. habe aber nie einen Zweifel darüber gelassen, daß die Einziehung öffentlicher Wege nur aus öffentlichen Rücksichten erfolgen dürfe. Die Ausführungen, daß die Erhaltung von 1140 qm Weideland der Sicherung der Volksernährung diene, seien viel zu allgemein, um ein öffentliches Interesse zu begründen. Denn es handle sich nicht um Schaffung eines neuen Weges, durch den wertvolles Ackerland dem Getreideanbau entzogen werde, sondern um die Nichtbeseitigung eines seit unvordenklicher Zeit bestehenden öffentlichen Zustands, an dessen Erhaltung die heutige verkehrsreiche Zeit stärkstes Interesse habe.

Die Rev. wurde zurückgewiesen.

Nach der Rspr. des OVG. ist die Einziehung eines öffentlichen Weges nur dann zulässig, wenn Gründe des öffentlichen Interesses dafür sprechen, nicht aber dann, wenn lediglich private Gründe vorliegen (OVG. 67, 333; 83, 241). Jedoch sind private Gründe, die neben öffentlichen für die Einziehung sprechen, mitzuverwerten. Letzteres ist auch schon in der bisherigen Rspr. ausdrücklich ausgesprochen (OVG. 98, 115; vgl. Drews, „Preuß. Polizeirecht", Bd. 2, S. 290; von Brauchitsch, Bd. 2, Halbband 2, 22. Aufl., S. 557); es ist auch der Sinn der vielfach üblichen Fassung, daß „eine Einziehung nur aus Gründen des öffentlichen Interesses zulässig" ist und im übrigen „eine gleichmäßige Abwägung aller für und gegen die Einziehung sprechenden öffentlichen und privaten Interessen stattzufinden hat" (OVG. 60, 370; PrVerwBl. 34, 669; 37, 584, 804, 806; R.- u. PrVerwBl. 50, 510, 511; Germershausen-Seydel, Bd. 1, 4. Aufl., S. 523, Abs. 1). Eine abweichende Meinung ist von Schultzenstein: VerwArch. 23, 165, 179 ff., 190 ff. vertreten worden, der, wie auch eine einmalige ihm offenbar folgende Entsch. des OVG. (PrVerwBl. 37, 537), von den für die Einziehung sprechenden Interessen nur die öffentlichen, von den dagegen sprechenden aber sowohl die öffentlichen als die privaten berücksichtigt wissen will. Dem kann nicht beigepflichtet werden. Denn wenn auch, wie Schultzenstein für seine Ansicht hervorhebt (a. a. O. S. 179 und S. 190, 191), die Wegepolizei nach „ihrem Wesen und ihrer Zuständigkeit" zu einem „Einschreiten" durch eine Wegeeinziehung nur befugt ist, wenn öffentliche Interessen es erheischen, so schließt das doch nicht aus, daß sie dabei außer den notwendigerweise erforderlichen öffentlichen auch in gleicher Richtung verlaufende private Interessen mitberücksichtigt, wie sie es nach einhelliger Ansicht bei der Prüfung der gegen die Einziehung sprechenden Gründe zu tun hat. Daß letzteres richtig ist und auch allein vorliegende private Gründe dieser Art zu berücksichtigen sind, ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz (§ 57 ZustG.; vgl. auch OVG. 56, 358, 359 und 362). Nach diesem erfolgt zunächst

die Bekanntmachung über das „Vorhaben", also die in Zukunft beabsichtigte Wegeeinziehung, und dann erst gegenüber erhobenen Einsprüchen — falls nicht infolge solcher vom Vorhaben Abstand genommen wird — das polizeiliche „Einschreiten" in Form des Einspruchsbeschlusses, der die vielfach nur auf private Gründe gestützten Einsprüche zurückweist" (vgl. OVG. 80, 261, 264). Die Entsch. der Wegepolizeibehörde über die Einziehung eines öffentlichen Weges bestimmt sich daher im allgemeinen nicht allein nach öffentlichen Interessen, sondern beruht regelmäßig im Hinblick auf die abzuwägenden in den Einsprüchen meist vorgetragenen privaten Gründe auf Erwägungen, die sowohl öffentliche als auch private Interessen zum Gegenstand haben. Unter diesen Umständen ist nicht ersichtlich, weshalb bei Abwägung der Gründe für und gegen die Einziehung die Polizei, welche die ihrem Vorhaben entgegenstehenden privaten Gründe berücksichtigen muß, nicht auch die zugunsten ihres Vorhabens sprechenden Privatinteressen zur Unterstützung der von ihr verfolgten öffentlichen Interessen sollte verwerten dürfen. Dafür, daß eine Wegeeinziehung nur erfolgen darf, wenn dafür (auch) öffentliche Interessen vorliegen, kann gewiß geltend gemacht werden, daß die Wegepolizeibehörde an sich nur zum Schutz solcher und nicht privater Interessen berufen ist, wenngleich eine strenge Durchführung dieses Grundsatzes bei der Wegeeinziehung dem oben dargelegten Willen des Gesetzes nicht entspricht. Der Grundsatz trifft aber insbes. auch deshalb zu, weil ein bestehender öffentlicher Weg eine polizeiliche, mithin öffentliche Einrichtung — Anstalt — ist (OVG. 15, 289; 39, 219; Germershausen-Seydel, Bd. 1, 4. Aufl., S. 3) und als solche aus allgemeinen Rechtsgründen nicht auf Grund lediglich privater Interessen beseitigt werden kann.

Diese Grundsätze hat das BezVerwGer. in der angefochtenen Entsch. beachtet. Es hat den gegen die Wegeeinziehung sprechenden Interessen die dafür sprechenden Interessen gegenübergestellt und hat beide gegeneinander abgewogen. Wenn es bei dieser Prüfung festgestellt hat, daß die öffentlichen Belange der Einziehung — insbes. die Gewinnung von Kulturland — die Gegenbelange überwiegen und daß schließlich auch keine öffentlichen Verkehrsinteressen für die Beibehaltung des Weges sprechen, so ist diese Feststellung ohne Rechtsirrtum oder Verfahrensmangel von dem BezVerwGer. getroffen. Das OVG. hat bereits mehrfach ausgesprochen, daß auch die Gewinnung von Kulturland als öffentliches Interesse, das die Einziehung eines öffentlichen Weges rechtfertigt, in Betracht kommt (OVG. 98, 112; RVerwBl. 57, 967). Hiernach können die einwandfreien Feststellungen des BezVerwGer. in der RevInst. nicht mehr mit Erfolg angegriffen werden.

(PrOVG., Urt. v. 24. Febr. 1938, IV C 33/37.)

Anmerkung: Das Urteil behandelt die sachlichen Zulässigkeitserfordernisse der Einziehung öffentlicher Wege nach preußischem Wegerecht. Die Wegeeinziehung ist ein zur Zuständigkeit der Wegepolizei gehörender rechtsändernder Verwaltungsakt, durch den der rechtliche status der Öffentlichkeit eines Weges beendigt wird. Wie die Widmung diesen status begründet hat, so bringt ihn die Einziehung — als der „contrarius actus" der Widmung — wieder zum Erlöschen.

Das Verfahren der Wegeeinziehung ist in § 57 ZustG. geregelt. Dagegen enthält das Gesetz über die sachlichen („materiellen") Zulässigkeitserfordernisse der Wegeeinziehung keine Bestimmungen (vgl. Germershausen-Seydel, „Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen", Bd. 1, 4. Aufl., S. 521 Ziff. 3: „Das Gesetz bestimmt nicht, unter welchen Voraussetzungen die Einziehung ... öffentlicher Wege stattzufinden hat oder zulässig ist"; Mohn, „Rechtsfälle des öffentlichen Rechts mit Lösungen", 1933, S. 349 oben: „Das ZustG. gibt keine Vorschriften darüber, wann ein öffentlicher Weg eingezogen werden kann"). Aus diesem Schweigen des Gesetzes hat, soweit ersichtlich, lediglich Maunz gefolgert, daß materielle Zulässigkeitserfordernisse der Wegeeinziehung nach preußischem Recht überhaupt nicht beständen; im Anschluß an eine kurze Darstellung des Wegeeinziehungsverfahrens führt Maunz („Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts", 1933, S. 299/300) folgendes aus: „Von manchen wird die Aufhebung (= Einziehung, der Verfasser) noch an andere, und zwar materielle Voraussetzungen geknüpft. So spricht Schultzenstein (VerwArch. 23, 165—211) aus, daß die Einziehung eines öffentlichen Weges nur um des öffentlichen Wohles willen und nicht um der Interessen einzelner willen zuzulassen sei. ... So beachtlich vom rechtspolitischen Standpunkt aus die Rechtsauffassung Schultzensteins und des PrOVG. ist, so fehlt ihr doch jegliche, auch nur schwache Fundierung in der Norm. Als einer reinen Ideologie kann ihr vom Standpunkt des positiven Rechts aus nicht beigetreten werden." Diese Auffassung von Maunz hat berechtigterweise über ihren Autor hinaus keinerlei Anhänger gefunden. Auch Friedrichs (PrVerwBl. 39, 491), auf dessen Kritik an den Ausführungen Schultzensteins sich Maunz (a. a. O.) beruft, will offenbar nicht einer sachlich grundsatzlosen Handhabung der Wegeeinziehungszuständigkeit das Wort reden. Friedrichs wendet sich nur — und mit Recht! — gegen die bei Schultzenstein zu weit gehende Annahme der rein privaten Natur bestimmter, für die Wegeeinziehung sprechender Interessen. Er wirbt dafür, daß auch andere als die nach der zu engen Auffassung Schultzensteins in ihrer öffentlichen Bedeutung anerkannten Interessen zugunsten der Wegeeinziehung Berücksichtigung finden sollen. Die Art, wie dies bei Friedrichs geschieht, zeigt aber deutlich, daß sich Friedrichs nicht so sehr für eine ausschlaggebende Bedeutung auch bloßer Privatinteressen einsetzen als vielmehr den zu engen Begriff der öffentlichen Natur eines Interesses, wie er von Schultzenstein aufgefaßt wird, bekämpfen und für eine entsprechend weitere Fassung des Begriffs des öffentlichen Interesses eintreten will. Das folgt z. B. daraus, daß Friedrichs die ausschlaggebende Bedeutung des Wegeeinziehungsinteresses eines Industrieunternehmens unter Umständen daraus herleiten will, daß gegebenenfalls auch „das einzelne Werk ... als Glied der Gesamterzeugung ... für sich eine Stellung von volks(!)wirtschaftlichem Belang in Anspruch nehmen darf" (Friedrichs a. a. O.). Das von Schultzenstein und der ständigen Rspr. des PrOVG. für die Einziehung öffentlicher Wege aufgestellte materielle Zulässigkeitserfordernis des öffentlichen Interesses ist entgegen der Auffassung von Maunz nichts weniger als eine bloße „Ideologie". Schon Schultzenstein (a. a. O.) hat dieses Erfordernis nicht etwa aus dem reinen „Nichts", sondern daraus hergeleitet, daß das Gesetz die Wegeeinziehungskompetenz der Wegepolizeibehörde übertragen hat. Behörden haben aber grundsätzlich als Sachwalter der Gemeinschafts- und nicht der Einzelinteressen zu fungieren, so daß bereits die Einbeziehung einer Aufgabe in die behördliche Kompetenz im Zweifel ihre Unterstellung unter den Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses enthält. Das Erfordernis des öffentlichen Interesses kann mithin schon aus grundsätzlichen Erwägungen ausreichend gerechtfertigt werden. Es könnte sich höchstens fragen, ob die Wegeeinziehung durch beliebige öffentliche Interessen oder nur durch eine besondere Art öffentlicher Interessen, etwa nur durch Verkehrsinteressen, gerechtfertigt werden kann. Diese Frage ist vom PrOVG. in ständiger Rspr. (vgl. PrOVG. 39, 196) dahin beantwortet worden, daß sich die Wegepolizeibehörde bei der Handhabung der Wegeeinziehungskompetenz nicht nur durch Verkehrsinteressen, sondern auch durch andere öffentliche Interessen motivieren lassen darf. Ob diese Auffassung als von Anfang an richtig anzusehen ist, kann dahingestellt bleiben; sie gehört jedenfalls schon seit so langer Zeit zum gefestigten Besitz der Rspr. des PrOVG., daß sie zumindest in gewohnheitsrechtlicher Geltung ist. Verdienstvoll wäre es gewesen, wenn der Gerichtshof die vorl. Entsch. zum Anlaß genommen hätte, einmal grundsätzlich klarzustellen, worauf es beruht, daß die Wegepolizei bei der Handhabung ihrer Wegeeinziehungskompetenz auch solchen Gesichtspunkten des öffentlichen Interesses Raum geben darf, die an sich jenseits des spezifisch polizeilichen Aufgabenbereichs liegen. Dafür findet sich in der langen Reihe der bisherigen Urteile des PrOVG. keine wirklich zu den Wurzeln des Problems vorstoßende Erklärung. Es wäre in diesem Zusammenhang aufschlußreich gewesen, in dem Urteil eine Stellungnahme des Gerichtshofs zur Lehre Köttgens (bei RMin. Dr. Frank, „Deutsches Verwaltungsrecht", Beitrag „Öffentliches Sachenrecht", S. 433 ff.) zu erhalten. Köttgen führt hier in beachtlicher Weise aus, daß die Vollmachten, die eine Polizeibehörde als Trägerin einer öffentlichen Sache besitze, „nicht im Polizeirecht, sondern im öffentlichen Sachenrecht" wurzeln (a. a. O. S. 443). „Die ungenügende Scheidung zwischen Polizeirecht und öffentlichem Sachenrecht, die hier wie auch an anderen Stellen des positiven Rechts beobachtet werden kann, hat dabei vieles verdunkelt" (Köttgen a. a. O.). Auch in seinem wertvollen Lehrbuch „Deutsche Verwaltung" (2. Aufl.) erklärt Köttgen: „Ist nun auch die letztgenannte Aufgabe regelmäßig der Polizei übertragen worden, so handelt es sich hier doch nicht um eine eigentlich polizeiliche Aufgabe, die als solche aus der polizeilichen Generalvollmacht abzuleiten wäre, sondern um die Wahrnehmung einer allein aus der Natur der öffentlichen Sache zu erklärenden Kompetenz" (a. a. O. S. 138). Mit Recht fährt Köttgen (a. a. O. S. 138 Anm. 21) weiter fort: „Wenn das preußische Recht mit den Begriffen Wegepolizei und Wasserpolizei arbeitet, so wird damit die innere Grenze zwischen dem Polizeirecht und dem Recht der öffentlichen Sachen verwischt." Nach Köttgen tritt der Träger einer öffentlichen Sache an diese nicht mit einer exogenen Kompetenz heran, sondern es besteht zwischen ihm und der öffentlichen Sache eine „unmittelbare Bindung", „kraft deren der Träger der Sache unter deren Gesetz gerät" (bei Frank a. a. O., S. 433 oben). Die

Handhabung der ihm zustehenden Kompetenz darf daher „weder beliebig noch etwa aus polizeilichen Erwägungen heraus erfolgen, sondern steht unter dem immanenten Gesetz der öffentlichen Sache“ (a. a. O. S. 444). „Die Verwaltung steht ... nicht über dem öffentlichen Weg, ... sondern unter dem öffentlichen Weg, dessen immanente Ordnung sie zu achten hat“ (a. a. O.). Aus dieser Betrachtungsweise gelangt Köttgen (a. a. O. S. 445) zu der abschließenden Feststellung: „Die Wegeaufsichtsbehörde ..., die in Preußen mißverständlicherweise als Wegepolizei angesprochen wird, arbeitet daher nicht mit polizeilichen Maßstäben, sondern mit solchen des öffentlichen Sachenrechts.“ Diese Lehre Köttgens ist sehr beachtlich, und es wäre zu wünschen, wenn das PrOVG. bald Gelegenheit nähme, aus gegebenem Anlaß zu ihr Stellung zu nehmen. Nach meiner Auffassung besteht das Verdienst Köttgens nicht darin, daß er etwa der Sache nach etwas Neues brächte, sondern darin, daß er eine in Wahrheit schon längst beim PrOVG. in Übung befindliche Praxis in klarer Formulierung auch theoretisch bewußt macht. Ich verweise darauf, daß ich bereits JW. 1935, 1952 dazu folgendes ausgeführt habe: „Die Rspr. des PrOVG. kann für sich das Verdienst in Anspruch nehmen, im Gegensatz zur Rspr. der Zivilgerichte, insbes. des RG., schon in der Vergangenheit nicht abstrakt-normativistisch gewesen, sondern durch die innere Anschauung wirklicher Rechtsgebilde inspiriert worden zu sein. Es kann überhaupt als ein kennzeichnendes Merkmal der Verwaltungsrechtspflege angesprochen werden, daß sie stets in weit höherem Maße als die Zivilgerichtsbarkeit lebensnah und wirklichkeitsverbunden gewesen ist. Sie schöpfte schon von jeher ihre Einsichten und Erkenntnisse nicht aus rein kritischer Analyse von Gesetzesworten, sondern aus der Klarstellung der mit den Rechtsgebilden selbst gegebenen Ordnung. Darauf beruht auch das wirkliche Schöpfertum und die tiefe Fruchtbarkeit der Rspr. des PrOVG., das für eine Fülle gesetzlich nicht oder nur lückenhaft geregelter Lebensgebiete, z. B. für das Gebiet des Polizeirechts, des Wegerechts (!) usw. wertvolle — auf Rechtstatsachen- und Rechtsgebildeforschung beruhende — Klarstellungen gebracht hat“ (vgl. auch Reuß: VerwArch. 41, 258 und dazu Freiherr von Wolff: NSBZ. „Der Deutsche Verwaltungsbeamte“ 1938, 170). Die Lehre Köttgens bedarf jedoch, was gerade im Hinblick auf das vorl. Urteil deutlich wird, einer wichtigen Einschränkung: Das „immanente Gesetz der öffentlichen Sache“ reicht nicht aus, um ihr gegenüber auch stets die Kompetenz zur Aberkennung des status der Öffentlichkeit zu begründen. Denn diese Kompetenz kann ja gerade auch aus solchen Gesichtspunkten gehandhabt werden, die dem Wesen der öffentlichen Sache nicht immanent, sondern transzendent sind. Hier hilft dann vielleicht der Satz Köttgens weiter, daß die öffentliche Sache „in den Organismus der öffentlichen Verwaltung eingefügt“ ist (a. a. O. S. 439), so daß sie nicht nur unter ihrem eigenen Gesetz, sondern auch unter dem Gesetz der öffentlichen Verwaltung insgesamt steht. Das Gesetz der öffentlichen Verwaltung insgesamt ist aber das öffentliche Interesse überhaupt, d. h. in allen seinen Ausstrahlungen und Erscheinungsformen. So böte sich dann auch theoretisch der Ansatzpunkt zur Rechtfertigung einer dem Wesen der öffentlichen Sache nicht immanenten, sondern transzendenten Kompetenz für die Beendigung ihres öffentlichen status. Die öffentliche Sache steht mithin nicht nur unter ihrem eigenen Gesetz, sondern auch unter dem Gesetz des Gesamtorganismus der öffentlichen Verwaltung, der sie als Bestandteil eingefügt ist: diesem übergreifenden, höheren Gesetz kann unter Umständen das Dasein der öffentlichen Sache selbst geopfert werden.

Die Erörterungen des Urteils über die Unterscheidung zwischen öffentlichen und privaten Interessen hätten wohl auch noch eine grundsätzliche Vertiefung erfahren können. Die schroffe Gegenüberstellung von privaten und öffentlichen Interessen, die bei der Erörterung der materiellen Voraussetzungen der Einziehung öffentlicher Wege vielfach anzutreffen ist, ist heute weitgehend überholt. Mutet es nicht geradezu seltsam an, wenn es noch in der letzten Auflage von Germershausen-Seydel (a. a. O. S. 523) programmatisch heißt: „Die privaten Interessen, die Rechte und Vorteile des einzelnen, stehen zu dem öffentlichen Interesse im Gegensatz!“ Wir sind zwar heute weit davon entfernt, die Möglichkeit der Unterscheidung zwischen öffentlichen und privaten Interessen überhaupt zu bestreiten, aber unser grundsätzlicher Ausgangspunkt ist nicht die antithetische Gegenüberstellung, sondern die Einordnung aller Bestrebungen und Interessen in die Synthese der Gemeinschaft. Der einzelne ist dem Denken unserer Zeit vor allem ein Glied des Ganzen. Gerade im Hinblick auf dieses „Gliedschaftsverhältnis des einzelnen im Volk“ (Scheuner bei RMin. Dr. Frank a. a. O., S. 82 ff.) sollte auch das preußische Wegeeinziehungsrecht von Grund auf neu durchdacht werden. Auch hier wird sich zwar zeigen, daß das PrOVG. aus gesundem Instinkt schon in der Vergangenheit der Sache nach meist das Richtige getroffen hat; nur wirken viele der überkommenen Formulierungen — wenigstens ihrem Wortlaut nach — wie ein Anachronismus.

RA. Reuß, Berlin.

*

64. § 79 LVG.; §§ 2, 4 KraftfG.; § 1 RStraßVerkO. v. 28. Mai 1934; § 3 StraßVerkZulO. v. 13. Nov. 1937; § 41 Abs. 2 PolVerwG. Verwaltungsstreitverfahren. Verfahrensmangel. Sachverständigengutachten. Kraftfahrzeugführer. Straßenverkehr. Ein Verfahrensmangel kann darin liegen, daß das Verwaltungsgericht sich bei einem Abweichen von einem mit Gründen versehenen Sachverständigengutachten mit den Gründen des Gutachtens nicht auseinandersetzt. Personen, die sich infolge körperlicher Mängel nicht ohne besondere Hilfsmittel im Verkehr bewegen können, aber diese Mängel durch technische Vorrichtungen ausgleichen können, haben Anspruch auf Erteilung einer eingeschränkten Fahrerlaubnis, d. h. einer Erlaubnis unter der Bedingung, daß sie von den geeigneten, in der Fahrerlaubnis näher bezeichneten Vorrichtungen Gebrauch machen. Jedoch ist es nicht Aufgabe der Polizei, sondern der Betroffenen selbst, die Möglichkeiten eines Mängelausgleichs ausfindig zu machen, so daß die Polizei, wenn ein Ausgleichsmittel nicht vom Betroffenen angegeben ist, die Fahrerlaubnis schlechthin versagen (oder entziehen) und es dem Betroffenen überlassen kann, seinerseits gemäß § 41 Abs. 2 PolVerwG. ein taugliches Ausgleichsmittel anzubieten. Der Anspruch auf Erteilung einer eingeschränkten Fahrerlaubnis kann demgemäß sowohl in Form eines jederzeit zulässigen selbständigen Antrags als auch innerhalb eines die Versagung (Entziehung) der Fahrerlaubnis betreffenden Rechtsmittelverfahrens in Form des Angebots eines anderen Mittels gemäß § 41 Abs. 2 PolVerwG. geltend gemacht werden.

Der Kl., der bisher führerscheinfreie Motorräder gefahren hat, beantragte im Juli 1937 bei dem Landrat, ihm die Kraftfahrerlaubnis zu erteilen. Bei der amtsärztlichen Untersuchung wurde jedoch bei ihm eine erhebliche Schwerhörigkeit festgestellt. Der Landrat veranlaßte daraufhin eine fachärztliche Untersuchung durch die Universitätsohrenklinik in M. Bei dieser wurde festgestellt, daß der Kl. Flüstersprache beiderseits nicht versteht, Umgangssprache links in 10 bis 20 cm, rechts in 1 m Abstand, Uhrticken wird beiderseits auch am Ohr nicht wahrgenommen. Beiderseits war auch das Wahrnehmungsvermögen für die obere und untere Tongrenze sehr schlecht. Das Gutachten schließt mit folgender „Zusammenfassung“:

„Bei G. wurde beiderseits eine so hochgradige Schwerhörigkeit festgestellt, daß man praktisch Taubheit als vorliegend annehmen muß. Die im Kindesalter durchgemachte Mittelohrentzündung kommt ursächlich durchaus in Frage. Da für die Gewährung eines Führerscheins auch bei milder Beurteilung wenigstens ein Hörvermögen von 4 m für die laute Umgangssprache gefordert werden muß, kann bei der Untersuchung ohrenärztlicherseits diese Vorbedingung in keiner Weise erfüllt erscheinen.“

Auf Grund dieses Gutachtens lehnte der Landrat durch Vfg. v. 3. Sept. 1937 den Antrag auf Erteilung der Fahrerlaubnis ab und untersagte dem Kl. zugleich die Führung führerscheinfreier Kraftfahrzeuge.

Der Kl. erhob Beschw. und nach deren Ablehnung Klage im Verwaltungsstreitverfahren mit dem Antrage, den Bescheid aufzuheben. Zur Begründung trug er vor: Bereits seit 1931 fahre er ein führerscheinfreies Kraftrad. Er sei damit häufig unterwegs gewesen und habe noch keinen Verkehrsunfall verursacht, sei auch niemals bestraft worden. Das sei ein Beweis dafür, daß es mit seiner Schwerhörigkeit nicht so gefährlich sei.

Das BezVerwGer. gab der Klage statt, indem es die polizeiliche Verfügung des Landrats außer Kraft setzte. Das Urteil beruht auf folgenden Erwägungen: Eine Unterhaltung mit dem Kl. in der mündlichen Verhandlung auf etwa 5 m Entfernung habe sich im wesentlichen glatt und gut verständlich abgewickelt. Diesem persönlichen Eindruck habe das BezVerwGer. gegenüber dem fachärztlichen Gutachten den Vorzug gegeben. Wenn jemand auf 5 m ausreichend höre, genüge er in bezug auf seine Hörfähigkeit den an einen Kraftfahrer zu stellenden Anforderungen. Das Vorgehen der Behörde gegen ihn sei daher nicht gerechtfertigt.

Die von dem beklagten RegPräs. gegen diese Entsch. eingelegte Rev. ist begründet.

Das BezVerwGer. ist davon ausgegangen, daß jemand, der auf etwa 5 m Entfernung „ausreichend“ höre, in bezug auf seine Hörfähigkeit den an einen Kraftfahrer zu stellenden Anforderungen genüge, und es hat auf Grund einer in der mündlichen Verhandlung mit dem Kl. geführten Unterhaltung festgestellt, daß der Kl. diese Hörfähigkeit besitze. Diese Beweiswürdigung steht jedoch im Widerspruch zu dem fachärztlichen Gutachten der Universitätsohrenklinik in M., wonach zur Erteilung der Fahrerlaubnis auch

bei milder Beurteilung ein Hörvermögen von wenigstens 4 m für die laute Umgangssprache gefordert werden muß, der Kl. jedoch Umgangssprache in nicht mehr als 1 m Abstand, und auch das nur auf einem Ohre, wahrnehmen kann. Allerdings war das BezVerwGer. an diese fachärztliche Feststellung nicht gebunden. Es hatte vielmehr nach § 79 LVG. das Recht freier Beweiswürdigung und konnte deshalb auch auf Grund eigener Sachkunde und eigener Anschauung zu einer abweichenden Auffassung gelangen (vgl. OVG. 100, 123, 126). Allein es mußte sich dann gegenüber dem mit Gründen versehenen Sachverständigengutachten mit dessen Gründen näher auseinandersetzen. An einer solchen Auseinandersetzung mangelt es aber. Insbes. genügt dazu nicht ein in der mündlichen Verhandlung ohne Zuziehung von Sachverständigen angestellter Hörversuch, wie ihn das BezVerwGer. durchgeführt hat. Abgesehen davon, daß die Feststellung eines objektiven Befundes gewisse Vorsichtsmaßnahmen voraussetzt, z. B. die Ausschließung einer Möglichkeit des Lippenlesens, ist auch nicht ersichtlich, daß das BezVerwGer. im vorl. Fall die für eine ordnungsmäßige Auswertung der Versuchsergebnisse erforderliche Fachkenntnis besessen hat.

Der Kraftfahrer braucht das Gehör weniger dazu, um gesprochene Worte zu verstehen, als vielmehr um Warnsignale anderer Kraftfahrzeuge aufzunehmen, insbes. auch solche der Polizei und der Feuerwehr, die der Geltendmachung unbedingter Vorfahrtsrechte dienen, und er muß auch die Betriebsfähigkeit seiner eigenen akustischen Warnvorrichtungen laufend überwachen können, alles dies nicht in der ruhigen Umgebung eines geschlossenen Raumes, sondern inmitten der Geräusche des Straßenverkehrs und unter Einwirkung der Erschütterungen des eigenen Fahrzeugs. Deshalb kann die Hörfähigkeit für Umgangssprache nicht unmittelbar, sondern nur unter Berücksichtigung der veränderten Umweltverhältnisse zur Beantwortung der Beweisfrage (Eignung zum Kraftfahren) verwertet werden. Daß das BezVerwGer. über die zur Beurteilung all dieser Fragen notwendige Fachkunde verfügt hätte, kann nicht ohne weiteres vorausgesetzt werden. War es der Fall, so hätte das BezVerwGer. die Abweichung von dem Sachverständigengutachten im einzelnen näher begründen müssen. Im anderen Falle hätte es seine Urteilsgrundlagen durch nochmalige Anhörung desselben oder durch Vernehmung eines anderen Sachverständigen vervollständigen müssen.

Wegen dieses wesentlichen Verfahrensmangels hatte das OVG. die Sachlage ohne die sonst für die Revisionsstufe geltenden Beschränkungen frei zu prüfen (§§ 94, 98 LVG.). Dabei erwies sich die Sache als spruchreif.

In dem Gutachten der Universitätsohrenklinik in M. ist ausgeführt, daß für einen Kraftfahrer bei milder Beurteilung ein Hörvermögen von wenigstens 4 m für die laute Umgangssprache gefordert werden muß. Das Gutachten befindet sich damit in guter Übereinstimmung mit der früheren Führerprüfanweisung (Anl. 1 der KraftfVO. v. 10. Mai 1932 [RGBl. I, 201, 222]), wonach ein Hörvermögen von 5 m für die laute Umgangssprache als Mindestforderung vorgeschrieben war. Wenn diese Anweisung auch inzwischen außer Kraft getreten ist, so ist sie doch, da es infolge ihres Außerkrafttretens an jeder einen derartigen Anhalt gewährenden Bestimmung zur Zeit des Erlasses der angefochtenen Verfügung fehlte, noch von Bedeutung, zumal sie den Niederschlag der bei dem RVerkMin. zusammengekommenen fachärztlichen und kraftfahrtechnischen Erfahrungen bildete und daher als besonders geeignete Grundlage für die Erörterung der hier interessierenden Frage gelten muß. Dafür, daß die damalige Auffassung auch heute noch nicht als veraltet anzusehen ist, spricht auch der Erlaß des R.- u. PrVerkMin. v. 15. Febr. 1938 (RVerkBl. B, 34), wonach es in der Regel genügen soll, wenn die gebräuchliche Umgangssprache auf jedem Ohr ohne Hilfsvorrichtung auf 5 m bei abgewendetem Gesicht des zu Untersuchenden sicher verstanden wird. Unter diesen Umständen hat der Gerichtshof keine Bedenken getragen, die dem Gutachten der Universitätsohrenklinik in M. zugrunde liegende Forderung als jedenfalls nicht zu weitgehend seiner Entsch. zugrunde zu legen und auf Grund dieses Gutachtens zugleich als festgestellt zu erachten, daß das Hörvermögen des Kl. den hiernach zu stellenden Anforderungen nicht genügt.

Allerdings kann, worauf auch der erwähnte Ministerialerlaß hinweist, ein Mangel an Hörfähigkeit durch technische Vorrichtungen ausgeglichen oder durch Einschränkung der Fahrerlaubnis auf bestimmte Fahrzeuge, Fahrstrecken oder auf das Fahren unter Mitnahme einer Person mit ausreichendem Hörvermögen unschädlich gemacht werden. Es kommen aber solche Erwägungen in dem vorl. Verwaltungsstreitverfahren insoweit nicht in Betracht, als es sich um die Versagung der vom Kl. beantragten Fahrerlaubnis handelt. Denn der Kl. hatte beantragt, ihm die Fahrerlaubnis ohne jede Einschränkung zu erteilen. Dieser Antrag ist, da der Kl. die körperliche Befähigung zum Führen von Kraftfahrzeugen nicht uneingeschränkt besitzt, jedenfalls nicht berechtigt; er ist also von der Polizeibehörde mit Recht abgelehnt worden.

Anders ist die Rechtslage hinsichtlich des an den Kl. ergangenen Verbots, führerscheinfreie Kraftfahrzeuge zu führen. Dieses Verbot beruht auf § 1 Abs. 3 RStraßVerkO., welcher lautet: „Erweist sich jemand als ungeeignet zum Führen von Fahrzeugen oder Tieren, so hat die Verwaltungsbehörde ihm deren Führung zu untersagen oder ihm die erforderlichen Bedingungen aufzuerlegen ...“ Diese Vorschrift enthält eine Ausnahme von der in § 1 Abs. 1 a. a. O. aufgestellten Regel, wonach zum Verkehr auf öffentlichen Straßen grundsätzlich, d. h. soweit nicht eine besondere Erlaubnis vorgeschrieben ist, jedermann zugelassen ist. Das hiernach jedem Verkehrsteilnehmer zustehende Recht auf die Benutzung der Straßen ist in Abs. 2 a. a. O. dahin eingeschränkt, daß jemand, der sich wegen körperlicher oder geistiger Mängel nicht sicher im Verkehr bewegen kann, die Verpflichtung hat, in geeigneter Weise Vorsorge zu treffen, daß er andere nicht gefährdet. Die Erfüllung dieser Verpflichtung bei der Führung von Fahrzeugen oder Tieren soll, soweit die Polizei nicht eine Untersagung der Führung für erforderlich hält, durch die in Abs. 3 geregelte Auferlegung von Bedingungen an den Betroffenen gesichert werden. Das ändert aber nichts an der Tatsache, daß der einzelne, wenn er der Verpflichtung, sich ohne Gefährdung anderer im Verkehr zu bewegen, genügt, das im Abs. 1 grundsätzlich eingeräumte Recht zur Teilnahme am Verkehr hat. Das Recht, unter Beobachtung von Sicherheitsmaßnahmen am Verkehr teilzunehmen, kann ihm daher auch auf Grund des Abs. 3 nicht entzogen werden. Von der gleichen Auffassung geht auch Abs. 5 Satz 4 AusfAnw. zum § 3 RStraßVerkO. aus.

Es entsteht jedoch die Frage, ob die Polizeibehörde einem nicht voll geeigneten Fahrzeugführer gegenüber, dessen gefahrlose Teilnahme am Verkehr sich aber durch irgendwelche Vorkehrungen ermöglichen läßt, sich auf die Auferlegung der erforderlichen Bedingungen beschränken muß oder ob sie befugt ist, auch in diesem Falle, ebenso wie bei vollständiger Ungeeignetheit, zunächst mit einer Untersagungsverfügung vorzugehen und es dem Betroffenen zu überlassen, die Erfüllung der zur Gefahrenverhütung notwendigen Bedingungen seinerseits anzubieten.

Die Entsch. ergibt sich aus der Erwägung, daß es sich bei dem Verbot des Führens führerscheinfreier Kraftfahrzeuge ebenso wie bei der Versagung oder Entziehung der Kraftfahrerlaubnis um eine polizeiliche Verfügung handelt (vgl. OVG. 58, 275, 276). Es müssen daher, sofern nicht eine gesetzliche Sonderregelung getroffen ist, die allgemeinen polizeirechtlichen Regeln angewendet werden, insbes. auch der in § 41 Abs. 2 PolVerwG. enthaltene Grundsatz, daß die Polizeibehörde, wenn im einzelnen Falle mehrere Mittel zur Gefahrenabwehr in Frage kommen, sich mit der Bezeichnung eines dieser Mittel begnügen und es dem Polizeipflichtigen überlassen kann, seinerseits die Anwendung eines anderen, zur Gefahrenabwehr ebenso geeigneten Mittels vorzuschlagen. Daß dieser Grundsatz auch im Straßenverkehrsrecht anzuwenden ist, liegt in der Natur der Sache. Denn welche Möglichkeiten dem einzelnen zur Gefahrenabwehr zu Gebote stehen, kann in der Regel nicht die Polizeibehörde, sondern nur der Betroffene selbst übersehen. Es ist daher grundsätzlich nicht Aufgabe der Polizeibehörde, über diese Möglichkeiten erst ihrerseits Ermittlungen anzustellen.

Hiernach war die Polizeibehörde befugt, dem Kl., der zum Führen von Fahrzeugen wegen seiner Schwerhörigkeit jedenfalls nicht uneingeschränkt geeignet ist und der auch ein Mittel zur Ausgleichung seines körperlichen Mangels bis jetzt nicht angeboten hat, die Führung von führerscheinfreien Kraftfahrzeugen ganz zu untersagen. Da die streitige Verfügung also sowohl in ihrem versagenden als auch in ihrem verbietenden Teil begründet ist, so ist der Kl. durch sie in seinen Rechten nicht verletzt, und die Klage mußte unter Aufhebung des angefochtenen Urteils, wie geschehen, zurückgewiesen werden.

Sollte der Kl. in der Lage sein, für seine sichere Teilnahme am Verkehr durch Hilfsmittel irgendwelcher Art Gewähr zu leisten, so bleibt es ihm unbenommen, eine entsprechend eingeschränkte Fahrerlaubnis alsbald zu beantragen.

(PrOVG., Urt. v. 5. Mai 1938, IV C 205/37.)

*

65. § 4 KraftfG. Kraftfahrzeugführer. Entziehung der Fahrerlaubnis. Haftpflichtversicherung. Führt ein Kraftfahrer ein Kraftfahrzeug, ohne gegen Haftpflicht versichert zu sein, so kann daraus in der Regel auf seine Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen geschlossen werden.

Der Kl. ist wegen Übertretung von Verkehrsvorschriften sechsmal polizeilich bestraft und im Jahre 1934 wegen fahrlässiger Körperverletzung (Kraftwagenzusammenstoß) zu 20 RM Geldstrafe verurteilt worden.

Am 27. Febr. 1936 fuhr er mit seinem Personenkraftwagen die L.straße entlang und stieß mit einer Kraftdroschke zusammen. Der Eigentümer der beschädigten Kraftdroschke klagte gegen ihn auf Schadensersatz und erwirkte ein Versäumnisurteil. Die Zwangsvollstreckung blieb jedoch fruchtlos. Die Pfändung des dem Kl. gehörigen Kraftwagens wurde auf seinen Antrag für unzulässig erklärt, da der Wagen zur Fortsetzung seiner Erwerbstätigkeit unentbehrlich sei.

Darauf entzog der PolPräs. in Berlin dem Kl. die Fahrerlaubnis, da er bei dem Unfall am 27. Febr. 1936 an einem anderen im Verkehr befindlichen Kraftfahrzeug Schaden angerichtet und diesen Schaden nicht ersetzt habe, auch mit seinem Fahrzeuge am Unfalltage nicht versichert gewesen sei.

Die hiergegen erhobene Klage wies das BezVerwGer. ab: Es sei festgestellt, daß der Kl. zur Zeit des Unfalls nicht versichert und auch nicht in der Lage gewesen sei, den Schaden aus sonstigen Mitteln zu decken. Dieses Verhalten beweise, daß er nicht die für einen Kraftwagenführer im Interesse der allgemeinen Verkehrssicherheit unbedingt erforderliche Zuverlässigkeit besitze. Seine mehrfachen Bestrafungen fielen erschwerend ins Gewicht.

Die Rev. des Kl. hatte keinen Erfolg.

Wie das OVG. aus anderem Anlaß ausgesprochen hat, muß ein Kraftfahrer bei der Führung seines Kraftwagens auf öffentlichen Straßen stets mit der Entstehung außergewöhnlich hoher Schäden rechnen. Das ergibt sich aus der durch die Unfallstatistik immer wieder aufs neue belegten Gefährlichkeit des Betriebes eines Kraftfahrzeugs und dem oft hohen Wert der zahlreichen durch den Kraftfahrer gefährdeten Rechts- und Sachgüter. Unter diesen Umständen übersteigt der Schaden häufig die Zahlungsfähigkeit des einzelnen. Ein Kraftfahrer, der einer solchen Möglichkeit stets gegenübersteht, wird daher, wenn er über das erforderliche Verantwortungsbewußtsein verfügt, für derartige Fälle im eigenen Interesse und im Interesse etwaiger Geschädigter durch Abschluß einer Versicherung Vorsorge treffen. Aus dem Unterlassen einer Haftpflichtversicherung kann deshalb bei einem Kraftfahrer in der Regel auf einen Mangel an Verantwortungsgefühl geschlossen werden (JW. 1938, 1550).

Dem Kl. ist allerdings zuzugeben, daß die Führung eines Kraftfahrzeugs ohne Versicherungsschutz nicht ausnahmslos in jedem Falle dazu zwingt, den Kraftfahrer als ungeeignet anzusehen. Es sind durchaus Fälle denkbar, in denen eine solche Schlußfolgerung nicht gezogen werden kann. Dann müssen aber besondere Umstände erkennbar sein, die die Handlungsweise des Kraftfahrers in einem milderen Lichte erscheinen lassen. In der Regel, d. h. wenn solche besonderen Umstände nicht vorliegen, kann jedoch ohne weiteres von der Ungeeignetheit des ohne Versicherungsschutz fahrenden Kraftfahrers ausgegangen werden. Es bedarf dazu nicht umgekehrt erst, wie der Kl. meint, eines besonderen Nachweises, daß das Fahren ohne Versicherungsschutz im Einzelfalle auch wirklich auf Leichtsinn oder Unzuverlässigkeit zurückzuführen ist. Im vorl. Falle hat sich das BezVerwGer. übrigens nicht einmal damit begnügt, die angeführte Regel anzuwenden, sondern es hat die wiederholten Straftaten des Kl., die sämtlich auf dem Gebiete des Kraftwagenverkehrs liegen und zweifellos einen erheblichen Leichtsinn des Kl. beim Fahren erkennen lassen, als erschwerenden Umstand für seine Entsch. mit herangezogen; es hat also seine Beweisführung auf eine weitere Grundlage gestellt, als es an sich erforderlich gewesen wäre.

Wenn der Kl. meint, daß der Abschluß einer Haftpflichtversicherung nach den Anschauungen der Allgemeinheit erst in der letzten Zeit als eine Verpflichtung jedes Kraftfahrzeugführers und -halters empfunden werde, daß sich diese Auffassung jedoch zu der hier in Frage kommenden Zeit (Februar 1936) noch nicht allgemein durchgesetzt hätte, so trifft diese Behauptung nicht zu. Der R.- u. PrVerkMin. hat durch Erl. v. 11. Juli 1936 (RVerkBl. B 261) angeordnet, daß gegen nicht versicherte Kraftfahrer gegebenenfalls mit Entziehung der Fahrerlaubnis vorgegangen werden solle. Es mag sein, daß durch diese Anordnung die Öffentlichkeit mehr als früher auf die Folgen der Nichtversicherung aufmerksam geworden ist. Im übrigen ist aber in dem Erlaß keineswegs etwas Neues ausgesprochen, sondern es sind nur die Folgerungen aus einer Tatsache gezogen, die auch vorher schon allgemein bekannt war und im Hinblick auf die täglichen Unfallberichte jedem verantwortungsbewußten Kraftfahrer immer aufs neue eine Mahnung sein mußte, sich und seine Mitmenschen durch Abschluß einer Haftpflichtversicherung vor den wirtschaftlichen Folgen eines Verkehrsunfalls zu schützen. An dieser Beurteilung des Sachverhalts kann auch der Umstand nichts ändern, daß sowohl damals wie auch heute noch ein erheblicher Teil der Kraftfahrzeughalter noch unversichert ist. Denn ein Verhalten, das das nötige Maß von Verantwortungsbewußtsein vermissen läßt, wird dadurch nicht aus der Welt geschafft, daß andere Volksgenossen ebenso verantwortungslos handeln.

Auf nationalsozialistisches Rechtsempfinden kann der Kl. sich nicht berufen. Der Sinn des oben angeführten Rechtsgrundsatzes geht nicht, wie der Kl. meint, dahin, „daß der arme, schwer um seine Existenz ringende Mensch von vornherein schlechter gestellt und härter angefaßt wird als ein reicher Mann in gesicherter Position"; er bringt vielmehr den nationalsozialistischen Gedanken zum Ausdruck, daß jeder nach seinen Kräften und auf die seiner Lage entsprechende Weise seine Verpflichtungen gegenüber der Volksgemeinschaft zu erfüllen hat. Es soll verhindert werden, daß wenig verantwortungsbewußte Menschen, die nichts zu verlieren haben, durch ihr Auftreten im Straßenverkehr anderen Schaden zufügen und sich den daraus entspringenden Verpflichtungen nachher unter dem Schutzmantel der Unpfändbarkeit entziehen. Demgegenüber muß ein Volksgenosse, dessen Vermögen und Einkommen die Grenzen der Pfändbarkeit übersteigt, wenn er nicht versichert ist, für jeden angerichteten Schaden mit eigenen Mitteln, gegebenenfalls unter Verlust seiner „gesicherten Position", einstehen. Nationalsozialistisches Rechtsempfinden verlangt Verantwortungsbewußtsein gegenüber der Volksgemeinschaft. Die Verpflichtungen, die sich daraus ergeben, insbes. auch die Pflicht zum Schadensersatz bei Verkehrsunfällen, liegen allen Volksgenossen gleichmäßig ob. Verschieden sind nur die Mittel, mit denen sie von den einzelnen erfüllt werden können. Dabei muß besonders hervorgehoben werden, daß nicht etwa bloß die sogenannten minderbemittelten Bevölkerungskreise Anlaß haben, sich gegen Haftpflicht zu versichern, sondern daß in der gleichen Lage vielmehr die bei weitem überwiegende Mehrzahl aller Volksgenossen ist, weil sie nicht imstande sind, den aus einem Verkehrsunfall möglicherweise erwachsenden unübersehbaren Schaden aus eigenem Einkommen ohne weiteres zu ersetzen. Welche Folgerungen aus der fehlenden Versicherung dem einzelnen Kraftfahrer gegenüber zu ziehen sind, ist nur von Fall zu Fall zu beurteilen. Häufig ist erst nach einem durch Verkehrsunfall herbeigeführten Schaden zu erkennen, welche Hilfsquellen dem einzelnen zur Erfüllung seiner Verpflichtung bei gutem Willen zur Verfügung stehen.

Der Kl. kann sich auch nicht damit entlasten, daß er angibt, bei seinem geringen Geschäftsumfang den Kraftwagen nicht ständig benutzt und daher eine Versicherung nicht als „lohnend" angesehen zu haben. Er war vielmehr, wie die im Jahre 1934 erlittene Strafe beweist, bereits durch einen Zusammenstoß gewarnt worden. Er mußte wissen, daß auch bei seltener Benutzung des Kraftwagens stets die Gefahr eines Zusammenstoßes besteht, und er hatte allen Anlaß, sich rechtzeitig über die Folgen derartiger Unfälle Gedanken zu machen und zur Abwendung dieser Folgen das Notwendige zu veranlassen. Die Tatsache, daß er wenige Tage nach dem Unfall eine Haftpflichtversicherung abgeschlossen und nach seinen Angaben auch schon vor dem Unfall mit dem Versicherungsvertreter verhandelt hat, beweist, daß er sich dieser Verpflichtung auch bewußt gewesen ist.

Der Kl. kann sich endlich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, daß er die gegen ihn eingeklagte Forderung inzwischen teilweise bezahlt hat. Denn diese Zahlung ist offenbar nur unter dem Drucke des gegen ihn eingeleiteten Entziehungsverfahrens erfolgt. Als die angefochtene Entziehungsverfügung erging, hatte der Kl. in keiner Weise seine Bereitwilligkeit zur Zahlung zu erkennen gegeben, hatte er es vielmehr zur Zwangsvollstreckung kommen lassen, bei der er der Pfändung seines Kraftwagens mit Erfolg widersprach. Für die Entsch. ist aber nur der Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung maßgebend.

(PrOVG., Urt. v. 21. April 1938, IV C 174/37.)

Berichtigung

In dem Aufsatz „Gelten die §§ 1 und 143 der Gewerbeordnung noch?": JW. 1938, 2179 sind in zwei Fußnoten Zitatfehler entstanden: Seite 2181, Fußnote 25 Zeile 2 lautet das Zitat der Entscheidung des PrOVG. v. 4. Okt. 1934 nicht JW. 1934, 2094, sondern JW. 1935, 2094.

In der Fußnote 40 lautet das Zitat nicht JW. 1937, 2094, sondern JW. 1935, 2094. D. S.

Hauptschriftleiter: Rechtsanwalt Rudolf Hensen, Berlin W 35, Lützowufer 18II. Stellvertreter: Schriftleiter Rudolf Leppin, Berlin. Anzeigenleiter: Paul Goldstein, Leipzig C 1, Dresdner Str. 11/13. Durchschnittsaufl. 2. Vj. 38: 20 000. Druck: Oscar Brandstetter, Leipzig. Verlag: W. Moeser Buchhandlung, Leipzig.